

# GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXV - BOGOTÁ, COLOMBIA - NOVIEMBRE DE 1948 - NUMEROS 2066 - 2067

SALA PLENA

SE ABSTIENE LA CORTE DE DECIDIR ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 163 DE 1948, POR SUSTRACCION DE MATERIA

1.—Reafirma la Corte sus anteriores doctrinas, según las cuales el concepto del Consejo de Estado es indispensable para hacer la declaración de turbación del orden público, pero no para adoptar las medidas extraordinarias, entre las cuales queda comprendida la promulgación de decretos, que aconsejen las circunstancias especiales que aquel estado produce.

2.—Según los principios que gobiernan la acción y el texto de las regulaciones positivas que la consagran, el control eminente confiado a la Corte respecto a los proyectos de ley, a las leyes del Congreso y algunos decretos del Gobierno, taxativamente determinados, se limita a mantener el imperio de la Constitución sobre estos actos, impidiendo así las desviaciones del poder político y estableciendo la sujeción de las ramas legislativa y ejecutiva a los mandatos superiores instituidos por el Constituyente. De ahí que en la aplicación de este sistema de superlegalidad, la voluntad del legislador ordinario y del gobierno sólo sean susceptibles de objeciones por parte de la Corte en cuanto violen las reglas constitucionales, ya porque contraríen los preceptos sustantivos del Código Supremo o porque se hubieran dictado fuera de la esfera de competencia por éste establecida. Las transgresiones de otra índole —como la enunciada en la demanda cuando afir-

ma que el decreto 163 contraría las leyes ordinarias que quedaron citadas— no son por consiguiente un reparo viable aquí, pues como bien lo dice la Procuraduría General en su vista del negocio “por lo que hace a la acusación con fundamento en la violación de leyes ordinarias, es claro que el demandante olvidó que se estaba refiriendo a un Decreto Legislativo y solicitando una declaración de inconstitucionalidad, y no a un Decreto ordinario, en demanda de nulidad por contrariar simples mandatos legales”.

3.—Los decretos expedidos con ocasión de la turbación del orden público tienen poder suficiente para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de turbación del orden público; y, por ende, debe entenderse que existe la suspensión de las normas legales si el Gobierno —haciendo uso de las atribuciones del artículo 121 de la Carta— profiere un ordenamiento que le sea contrario, lo que implica que no puede haber colisión entre la regla de derecho consagrada en la ley ordinaria y la contenida en el decreto, pues la primera queda suspendida en sus efectos mientras el estado de sitio perdura y sólo recobra su fuerza obligatoria al restablecerse el orden público y con él la normalidad legal, vale decir el imperio del derecho común.

4.—Es noción irrevocablemente incorpo-

rada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deja de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo lo autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud preveía el Estatuto de 1886, "para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento".

5.—En ausencia de un derecho legislativo que determine y precise la esfera de sus facultades, la ininterrumpida jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia afirma que durante el estado de sitio conserva el Presidente la plenitud de sus atributos constitucionales y legales y que éstos últimos siguen rigiendo mientras no sean suspendidos por los decretos de carácter extraordinario cuando resulten incompatibles con la situación creada por la perturbación del orden público y que, por otra parte, en tiempo de guerra la propia Constitución permite al Gobierno imponer contribuciones, realizar expropiaciones de bienes muebles sin previa autorización, por autoridades distintas a las judiciales, ocupar la propiedad inmueble, restringir la libertad de prensa, prohibir la circulación de impresos por los correos, autorizar el ejercicio simultáneo de la autoridad política y civil, la judicial o militar, establecer restricciones a la libertad de reunión y adoptar otras medidas de la misma índole, todo con la suprema finalidad de restablecer el imperio de sus mandatos; ya que sería inaceptable desde todo punto de vista la tesis de que la organización fundamental de la República pudiera ser modificada o desconocida por decretos de carácter extraordinario o por la aplicación del Derecho de Gentes.

6.—Por ministerio de la Carta Fundamental, la ficción jurídica del estado de sitio es susceptible de aplicación a todo el territorio nacional o solo a una parte de él, de acuerdo con la magnitud y caracteres del trastorno que pueda originar la conmoción interna o la agresión del enemigo exterior, circunstancias que en cada caso particular deberán ser apreciadas por el Gobierno y el

Consejo al expedirse el decreto que declara turbado el orden público.

7.—Con el propósito de enfrentar debidamente el problema que la demanda de inexecutable plantea y la solución adversa que el Agente del Ministerio Público sugiere, comienza la Corte por aceptar la noción elemental de que la competencia territorial ordinaria del Presidente de la República se extiende al país entero; pero que al mismo tiempo las facultades de que queda investido por mandato del artículo 121 de la Constitución tienen un carácter extraordinario e importan una excepción trascendente de la esfera normal de sus poderes constitucionales y legales, y que este criterio de excepcionalidad debe orientar y regir la interpretación adecuada del precepto. Instituye éste que mediante ciertas formalidades de inexcusable cumplimiento puede el Presidente declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella; que en virtud de esta declaración tendrá, además de las facultades legales, las que el Derecho de Gentes reconoce para la guerra internacional; y que los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tienen carácter obligatorio, si están suscritos por todos los Ministros.

Se desprende de este ordenamiento, y de su relación con el artículo 118, Ordinal 8 de la misma Carta, que la fuente originaria de los poderes excepcionales del Presidente en tiempo de guerra es la declaración formalmente hecha de que el orden se ha turbado en toda la República o en parte del territorio nacional; o en otros términos, que su competencia para dictar decretos de obligatorio cumplimiento y con fuerza suficiente para suspender las leyes del Congreso está subordinada a esa declaración, y sujeta a las limitaciones con que ella se profiere. De otra suerte no existiría diferencia ninguna entre el estado de sitio limitado a una comarca y el general para toda la extensión de la República, de donde resultaría que el Constituyente impuso una distinción inútil e inoperante. Por lo demás, si el estado de sitio tiene por objeto localizar y aislar el foco de la rebelión o de la amenaza para dominarlo con mayor prontitud y eficacia con instrumentos de naturaleza extraordinaria, no se vé el fundamento lógico de que tales medidas se ex-

tiendan a las regiones no afectadas, sometiendo así a sus habitantes a la jurisdicción de las autoridades militares con merma de las libertades ciudadanas que el derecho común consagra y sanciona.

8.—No vacila la actual Corte en prohiar como regla general la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena en sentencia dictada el 2 de abril de 1935, con motivo de la acusación de los Decretos número 2429 del 28 de diciembre de 1934, que reorganizó la contribución llamada "cuota militar", y 2343 del 29 de diciembre del mismo año, reformativo de las disposiciones sobre impuesto a la renta y establecimiento de una contribución especial, dictados cuando estaba turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y las Comisarias del Caquetá y el Putumayo con ocasión del conflicto internacional con el Perú, sentencia en la cual dijo entre otras cosas la Corte, respecto de la jurisdicción de estos actos con o en relación con sus efectos en las zonas no sujetas al estado de sitio:

"Cuando el constituyente, en el artículo 33 que se comenta, estatuyó que puede el Presidente de la República en los casos de guerra exterior o de conmoción interior declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, dejó al Presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de esta autorización constitucional respecto de toda la República o de parte de ella. Y es racional esta libertad, pues dados los fines de dicha autorización, la inminencia de los peligros exteriores y la magnitud de la conmoción —que puede referirse a todo el territorio de la República o parte considerable de él, o a parte insignificante, a la repercusión del movimiento por la importancia de la localidad en que ocurriere— en estas circunstancias sólo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen de la legalidad marcial. Y para adoptar esta medida debe suponerse que el Presidente habría de tener en cuenta que no sería justo ni constitucional sujetar a mucha parte de la ciudadanía colombiana a la MAXIMA CAPITIS DEMINUTIO que implica el régimen del simple Derecho de Gentes, allí donde la Constitución ha fijado normas protectoras de

los derechos individuales, en frente y como garantía de las usurpaciones que el Gobierno pudiere realizar.

"Y como las facultades del Gobierno en materia de legislación, según lo expresado y el artículo citado, se limitan a la suspensión de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio y como esta incompatibilidad puede ocurrir en todo el territorio de la República cuando la declaración de turbación a todo él se refiera, o sólo en la parte de él que la declaración comprenda, hay que concluir que habiendo circunscrito tal medida, en el caso que se cuestiona y según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarias del Caquetá y del Putumayo, los efectos constitucionales del estado de sitio quedaron limitados de modo expreso por el mismo Gobierno a estos territorios, y, de consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo idéntica declaración respecto del Distrito de Manizales y la zona del Ferrocarril de Antioquia. Y en estas circunstancias constitucionales debe reconocerse que imperando el régimen de normalidad jurídica en el resto de la República, no pudo el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni tampoco decretar la contribución denominada "cuota militar".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

#### La demanda

El abogado Manuel Rodríguez Díaz, vecino de Bogotá, cedulado bajo el número 1012792, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional, ocurre a la Sala Plena de la Corte Suprema para que se declare la inexistencia del Decreto número 163 de 21 de enero del corriente año, "por el cual se dictan algunas medidas sobre servicio de telecomunicaciones".

También solicitó que si fuere pertinente se suspendiera provisionalmente el acto acusado "para evitar perjuicios a la ciudadanía mientras se adopta por la Corte una resolución de fondo".

Este último pedimento fue denegado de plano por providencia del sustanciador en el negocio, de fecha 19 de febrero anterior; y ahora la Sala lo ratifica, ya que de acuerdo con las normas constitucionales y legales en vigencia no existe el recurso impetrado cuando se ejercita ante esta corporación la denominada acción de inexequibilidad. En efecto, la Carta vigente no contiene sobre la materia otro precepto que el establecido en el artículo 193, según el cual la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con el lleno de los requisitos señalados en la ley; y ésta tiene reglamentada la facultad de que se trata en lo que respecta al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales (Ley 167 de 1941).

Con anterioridad a las normas citadas, existieron los artículos 58 y 64 del Acto Legislativo número 3 de 1910, según los cuales los particulares agraviados por actos de las Asambleas Departamentales o de los Consejos de Distrito podían ocurrir al Tribunal o al Juez competente, según los casos y obtener la suspensión provisoria; y después de la expedición de la Ley 130 de 1913, esta facultad sólo podía ejercitarse dentro de las acciones ventilables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De este breve relato de precedentes legislativos y del examen de los estatutos en vigor surge nítida la conclusión de que el recurso de suspensión provisional sólo procede cuando se acusan actos proferidos por la Administración nacional, departamental o municipal ante los organismos de la jurisdicción especial encargada de dirimir las contenciones que provenga la actividad administrativa del Estado; y que esta medida provisoria no compete emplearla a la Corte cuando se recurre a ella en demanda de inexequibilidad de las leyes del Congreso o de los decretos del Gobierno que caen bajo la órbita de su competencia.

#### El decreto acusado

Por estar la demanda aparejada en forma y haberse surtido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación debe la Sala ocuparse en resolver las objeciones de fondo propuestas contra el decreto en referencia.

El texto literal de éste, según aparece de la transcripción del recurrente en el libelo y del Diario Oficial (número 26644) que debidamente au-

tenticado se acompañó a la actuación, es el siguiente:

"DECRETO No. 163 DE 1948 (Enero 21)  
por el cual se dictan algunas medidas sobre radiodifusión y servicio de telecomunicaciones.

**El Presidente de la República de Colombia,**  
en uso de sus facultades legales y constitucionales,

#### Considerando:

Que por Decreto número 147 de 17 de enero del año en curso, se declaró en estado de sitio el Departamento Norte de Santander;

Que el servicio de radiodifusión está sometido al control del Gobierno, y es indispensable que en las actuales circunstancias las informaciones que se relacionen con el orden público sean conocidas y aprobadas previamente por las autoridades;

Que el Gobierno tiene el deber de impedir que los correos y las telecomunicaciones puedan contribuir a la perturbación del orden o servir de medios de comunicación entre personas interesadas en fomentar agitaciones,

#### Decreta:

**Artículo primero.**—Las estaciones radiodifusoras que funcionan en la capital de la República deberán presentar previamente el texto de sus emisiones al Ministerio de Correos y Telégrafos, a fin de que éste lo apruebe, requisito sin el cual no podrá radiodifundirse noticia o comentario alguno que directa o indirectamente afecte el orden público.

**Parágrafo.**—En las capitales de los Departamentos tal requisito deberá cumplirse ante el respectivo Gobernador, y en el resto de los Municipios ante la primera autoridad política del lugar.

**Artículo segundo.**—La omisión del requisito de que trata el artículo anterior o la variación del programa aprobado, dará lugar a una sanción de quinientos pesos (\$ 500.00), por la primera vez y, en caso de reincidencia, al cierre de la estación, sanciones que impondrá el Ministerio de Correos y Telégrafos.

**Artículo tercero.**—Quedan asimismo bajo censura las telecomunicaciones en el Departamento Norte de Santander. El Ministerio de Correos y Telégrafos dará cumplimiento a esta disposición.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 21 de enero de 1948.

(Fdo.) **Mariano Ospina Pérez.**

El Ministro de Justicia, encargado del Despacho de Gobierno, José Antonio Montalvo. El Ministro de Relaciones Exteriores, Domingo Esguerra. El Ministro de Hacienda y Crédito Público, José María Bernal. El Ministro de Guerra, Fabio Lozano y Lozano. El Ministro del Trabajo, Delio Jaramillo Arbeláez. El Ministro de Higiene, Pedro Eliseo Cruz. El Ministro de la Economía Nacional, Guillermo Salamanca. El Ministro de Educación Nacional, Joaquín Estrada Monsalve. El Ministro de Correos y Telégrafos, José Vicente Dávila Tello. El Ministro de Obras Públicas, Luis Ignacio Andrade”.

Considera el actor que el acto cuya copia exacta acaba de hacerse, es violatorio de los artículos 16, 17, 20, 23, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 38, 39, 42, 121 y 122 de la Constitución Nacional; y del artículo 1º y sus concordantes de la ley 29 de 1944, y de lo pertinente de la Ley 198 de 1936.

Antes de entrar la Corte a examinar la naturaleza de los cargos que se enderezan contra el Decreto materia de las objeciones de inconstitucionalidad, se hace necesario estudiar brevemente su especie para poder determinar el alcance de sus ordenamientos y la índole de las situaciones que su expedición plantea.

No puede existir duda alguna respecto a este punto, pues tanto formal como materialmente aparece que el acto en cuestión pertenece al tipo de los que el Gobierno Nacional puede dictar con base en el artículo 121 de la Constitución. Exige ésta que en casos especiales —cuando previamente se ha declarado turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella— puede el Presidente dictar medidas de carácter extraordinario con la firma de todos los Ministros.

Este requisito formal —único que la Carta política señala— resulta enteramente satisfecho pues el ordenamiento en mención está suscrito por todos los Ministros que componían el Gabinete Ejecutivo a la época de su expedición.

En cuanto al contenido del mismo —y como su propio texto lo expresa— la fuente de la autorización para dictarlo la encuentra el Gobierno en la consideración de haberse declarado en estado de sitio el Departamento Norte de Santander en virtud del Decreto 147 de 17 de enero último.

Siendo esto así, se está en presencia de una de aquellas disposiciones que el artículo 121 de la Constitución prevé, lo que por una parte liga la competencia de la Corte para entender de los cargos de inconstitucionalidad que se le formulan y, por otra, indica el criterio que debe seguirse pa-

ra juzgar sobre su sometimiento a las reglas constitucionales o a su desacuerdo con las mismas.

#### Los motivos de la acusación

Deben recogerse en seguida las razones que el actor aduce como justificativas de la acción propuesta, y a este efecto es suficiente trasladar el pasaje pertinente del escrito de demanda en el cual se expresan los motivos de la acusación de inexecutable. Son ellos:

a) Estando las autoridades de la República instituidas para proteger las personas en su vida, honra y bienes, estimo que por el Decreto acusado se les violenta e incauta a las radiodifusoras el derecho de disponer de sus bienes, derecho que se les merma quedando sojuzgado por la censura impuesta por el artículo primero del Decreto acusado disminuyéndose el trabajo de las radiodifusoras y sus dueños o propagandistas quedando sometido a una merma o inactividad cuando la Constitución da el derecho a gozar de especial protección por el Estado al hombre que trabaja;

b) La censura hace responsables y juzga a priori por los comisionados del Gobierno todas las comunicaciones que se van a radiodifundir sin que por autoridad competente ni por ley especial se haya apreciado la supuesta infracción que la censura comprende. La censura molesta a las personas dueñas de las empresas radiodifusoras, a los propagandistas y a la ciudadanía en general a quienes impone un silencio por supuestos anuncios que el censor estima atentatorios del orden público, es decir, el censor falla y condena a hacer desaparecer una noticia sin que previamente haya sido oído ni sido verificado en juicio el informante. La censura implica un registro del domicilio de las radiodifusoras por individuos que no tienen autoridad para hacerlo menos mandato escrito de autoridad competente con las formalidades y por motivos previamente definidos en las leyes, es decir, se pretermite la fórmula propia de los juicios dentro de los cuales se juzgan los delitos de prensa. No estando turbado el orden público en todo el territorio de Colombia es claro que los censores nombrados por el Ministerio de Correos y Telégrafos imponen pena de censura a determinadas noticias que en nada perjudican las secciones de la República que no están en estado de sitio, pena que por ser **ex-post facto** está condenada por la Constitución sin que la orden del censor esté precedida del dictamen previo de los Ministros.

c) La Constitución garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes por personas naturales o jurídicas. La cen-

sura arrasa este principio pues en cualquier momento en que al censor **motu proprio** le provoque decir que una producción literaria, por ejemplo, atenta contra el orden público, lo dice y le quita al dueño el derecho a expresarse. Por otra parte la Constitución ha establecido que todos tenemos derecho a hacer peticiones a las autoridades; este derecho se vulnera porque el censor no le da curso ya que lo veta impidiendo así la comunicación entre dirigidos o gobernados y gobernantes.

d) La censura establece un odioso monopolio sin indemnización, en favor del Gobierno y en contra de los gobernados a quienes se les silencia por un censor incapaz y arbitrario. Ningún monopolio se puede establecer sino como arbitrio rentístico. La censura concede un privilegio en favor de la prensa escrita y en contra de la prensa hablada o radiodifundida.

e) La Constitución ha establecido que en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas puede intervenir el Estado. La censura atenta contra este principio, pues no tiene por objeto racionalizar la producción, la distribución o el consumo de la riqueza o la protección al trabajador, sino todo lo contrario disminuir esos postulados mermando la divulgación de noticias al antojo caprichoso e injusto del censor.

f) La censura implica una expropiación decretada por autoridad incompetente, pues como ella cobija a todo el territorio nacional que en su mayor parte no está en estado de guerra ni de sitio, se expropia la producción literaria a sus autores sin fórmula adecuada. La censura confisca bienes confiados a la radiodifusión para ser transmitidos.

g) La censura viola la correspondencia confiada al sistema de telecomunicaciones, pues la intercepta, la registra y la hace desaparecer a manos de funcionario incompetente y se grava estando en paz la mayor parte de Colombia su circulación.

h) Las autoridades están investidas entre otras cosas para inspeccionar las profesiones y los oficios y la censura obliga a las telecomunicaciones a decir cosas u omitir dar noticias atentando contra el derecho de la libre expresión.

i) Siendo las telecomunicaciones o las radiodifusiones el sistema moderno de prensa, ella está amparada por la ley colombiana y por la Constitución que establecen su libertad con responsabilidad. La Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de noviembre de 1914 refiriéndose al artículo primero de la Ley 59 de 1911 dijo que era inexecutable porque imponía la censura previa

“con el propósito de prevenir delitos” y por eso invalidó este artículo por estar en abierta pugna con el artículo 42 de la Constitución Nacional.

j) El artículo 121 de la Constitución estatuye que en caso de guerra o conmoción exterior o interior podría el Presidente de la República con la firma de todos los Ministros declarar turbado el orden público en todo o en parte del territorio nacional, pero le previno que no podía derogar las leyes por medio de los Decretos de turbación del orden público. La censura atenta contra este principio porque en los artículos acusados del Decreto derogan o ponen en suspenso las leyes que reglamentan el servicio de radiodifusión y de prensa en el resto del territorio nacional que no está declarado en estado de sitio, pues éste está adscrito al Departamento de Norte de Santander.

k) El Decreto en sus artículos acusados implica una turbación del orden público para toda la República, pues él apareja una merma de las garantías constitucionales o la imposición de la Ley marcial en Colombia, de modo que si esto es verdad como en realidad lo es, entonces ha debido ser precedido en su expedición del concepto previo del Consejo de Estado, concepto que no recogió el Gobierno entrando a ejercer facultades extraordinarias en el resto del país que no estaba incluido dentro del Decreto 147 de 17 de enero del año en curso que declaró turbado el orden público en el Norte de Santander, Decreto este último que sí fue precedido del concepto del Consejo de Estado. Por tanto el Decreto acusado es violatorio de la Constitución porque el Gobierno abusivamente extendió el Decreto de turbación a todo Colombia sin previamente haber consultado con el Consejo de Estado”.

De acuerdo con la anterior exposición de cargos y con la cita —atrás hecha— de las normas imperativas que el demandante estima violadas, puede la Sala simplificar su tarea excluyendo del estudio que está obligada a hacer aquellos reparos que fueren extraños a la índole del recurso promovido.

Dentro de este caso se encuentran precisamente las siguientes cuestiones:

#### 1ª La falta de consulta previa al Consejo de Estado

Sobre el particular, la Sala reafirma sus anteriores doctrinas, según las cuales el concepto del Consejo de Estado es indispensable para hacer la declaración de turbación del orden público, pero no

para adoptar las medidas extraordinarias, entre las cuales queda comprendida la promulgación de decretos, que aconsejen las circunstancias especiales que aquel estado produce. Esta interpretación del artículo 122 del estatuto fundamental descarta la necesidad de insistir en el aspecto formal del acto en acusación, ya que conforme a ella, y según se expresó, es inobjetable que está ceñido a las fórmulas de la Constitución. No hay lugar pues, a que el reparo —el cual aparece implícito del contexto de la demanda— pueda prosperar por el hecho de haberse omitido la intervención del Consejo de Estado.

### 2ª La violación de las leyes 29 de 1944 y 198 de 1936

Tampoco por este extremo hay posibilidad de un pronunciamiento adverso a la juridicidad constitucional del Decreto 163, desde luego que, según los principios que gobiernan la acción y el texto de las regulaciones positivas que la consagran, el control eminente confiado a la Corte respecto a los proyectos de ley, a las leyes del Congreso y a algunos decretos del Gobierno, taxativamente determinados, se limita a mantener el imperio de la Constitución sobre estos actos, impidiendo así las desviaciones del poder político y estableciendo la sujeción de las ramas legislativa y ejecutiva a los mandatos superiores instituidos por el Constituyente. De ahí que en la aplicación de este sistema de superlegalidad, la voluntad del legislador ordinario y del gobierno sólo sean susceptibles de objeciones por parte de la Corte en cuanto violen las reglas constitucionales, ya porque contraríen los preceptos sustantivos del Código Supremo o porque se hubieren dictado fuera de la esfera de competencia por éste establecida. Las transgresiones de otra índole —como la enunciada en la demanda cuando afirma que el decreto 163 contraría las leyes ordinarias que quedarán citadas— no son por consiguiente un reparo viable aquí, pues como bien lo dice la Procuraduría General en su vista del negocio “por lo que hace la acusación con fundamento en la violación de leyes ordinarias, es claro que el demandante pidió que se estaba refiriendo a un Decreto Legislativo y solicitando una declaración de inconstitucionalidad, y no a un Decreto ordinario, en demanda de nulidad por contrariar simples mandatos legales”.

A esto se añade que —sin acoger ni rectificar la calificación que el Ministerio Público da al decreto cuestionado— es lo cierto que los actos de

esta naturaleza tienen poder constitucional suficiente para suspender las leyes, que sean incompatibles con el estado de turbación del orden público; y, por ende, debe entenderse que existe la suspensión de las normas legales si el Gobierno —haciendo uso de las atribuciones del artículo 121 de la Carta— profiere un ordenamiento que le sea contrario, lo que implica que no puede haber colisión entre la regla de derecho consagrada en la ley ordinaria y la contenida en el decreto, pues la primera queda suspendida en sus efectos mientras el estado de sitio perdura y sólo recobra su fuerza obligatoria al restablecerse el orden público y con él la normalidad legal, vale decir el imperio del derecho común.

Surge de lo dicho que sólo los cargos formulados contra la constitucionalidad del Decreto son pertinentes y que a ellos se limitará la consideración de la Corte.

En dos grandes grupos son susceptibles de dividirse las objeciones en que el actor fundamenta la inexequibilidad cuya declaración promueve.

En el primero se recoge una serie de transgresiones a los estatutos constitucionales sobre régimen de la propiedad privada, la libertad de industria y de prensa, el derecho de petición, la inviolabilidad del domicilio, y de la correspondencia confiada a los correos y telégrafos, la libertad del pensamiento, la protección al trabajo, el monopolio y el privilegio, etc.; y en el segundo, la violación a la Carta se hace consistir en que las disposiciones del Decreto se extienden a las comarcas del país no afectadas por la turbación del orden público.

Pero como es bien cierto que por haber contraído el proponente su demanda “a los artículos primero y su parágrafo; al artículo segundo y al artículo cuarto” del citado decreto, hay ocasión de entender que acepta la constitucionalidad de la medida para el Departamento Norte de Santander —a la cual se refiere el artículo tercero, y que no fue materia de acusación— y que esta circunstancia lógicamente reduce el problema suscitado a determinar el simple alcance de la territorialidad de la providencia, o sea a resolver si ésta es constitucional o no por haberse dictado para todo el país siendo así que sólo una parte de él fue declarado en estado de sitio.

### El régimen jurídico del estado de sitio

Dentro de la concepción del Estado de derecho —el cual implica en síntesis el sometimiento de los gobernantes y los administrados a reglas

previamente establecidas y promulgadas para conocimiento de todos— pueden presentarse fenómenos o situaciones que sin alterar la estructura jurídica de la organización democrática del Estado impongan, sin embargo, la necesidad de extender las facultades normales de los representantes del poder político y de modificar los procedimientos ordinarios de su actuación.

Para estas situaciones de emergencia, y especialmente cuando se trata de acontecimientos que puedan poner en peligro la seguridad exterior o interior del Estado, o bien alterar la paz pública, se prevé en casi todos los países la posibilidad de acrecentar los poderes ordinarios de la autoridad con sacrificio transitorio de algunas de las prerrogativas otorgadas al ciudadano, y de los derechos civiles y garantías sociales que los gobernantes están obligados a amparar y defender por medio de la coacción pública que el derecho común pone en sus manos con ese objeto.

Estas regulaciones de previsión varían de acuerdo con la legislación positiva de los Estados, hasta el extremo de constituir sistemas particulares que la doctrina del derecho público estudia ampliamente, pero que coinciden todos en la finalidad de resguardar —mediante el empleo de medidas adecuadas y eficaces— la integridad nacional y el orden interno contra posibles perturbaciones que afecten gravemente la organización estatal.

La variación de las medidas por lo que hace al campo de la legislación comparada consiste, sobre todo, en la calidad y extensión de aquéllas y en la forma de su adopción. Así, por ejemplo, en Inglaterra la facultad para suspender las leyes que establecen el beneficio del **habeas corpus** corresponde exclusivamente al Parlamento; y al consagrarse en los Estados Unidos de Norteamérica como una de las esenciales garantías del ciudadano se dijo en la Constitución de 1787: "El privilegio del **writ of habeas corpus** no se suspenderá salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión". (Sección IX, 2). Por medio de una ley dictada a mediados del pasado siglo, el Congreso de los Estados Unidos autorizó al Presidente de la Unión para dejar de aplicar el derecho de **habeas corpus**, quedando entendido desde entonces que el Gobierno sólo puede decretar la suspensión de este precioso recurso protector de la libertad individual mediante autorización expresa del legislador; y siendo de anotar que según lo enseñan los expositores del derecho anglo americano, la única garantía susceptible de ser suspendida en los eventos de rebelión o invasión es la

del **habeas corpus** pues todas las demás que la Constitución americana reconoce y ampara quedan subsistiendo en su pleno vigor durante estas emergencias y en las demás de igual naturaleza.

El régimen del estado de sitio, aplicable al caso de guerra internacional o de insurrección a mano armada fue instaurado en Francia desde la época de la Revolución, y posteriormente reglamentado por las leyes de 9 de agosto de 1849 y 3 de abril de 1878. Su implantamiento en cada caso corresponde en principio al Parlamento; la ley misma debe fijar los territorios a los cuales sea aplicable según las circunstancias y el tiempo de su duración; sin embargo, si el Parlamento no estuviere en funciones, el Presidente de la República puede declarar el estado de sitio con audiencia del Consejo de Ministros, pero entonces las Cámaras deberán reunirse dentro de los dos días siguientes y pronunciarse sobre la conveniencia de levantarlo o mantenerlo, y si hubiere desacuerdo entre ellas sobre este punto queda insubsistente de pleno derecho. Se prevé que la Cámara de diputados esté disuelta, caso en el cual el estado de sitio no puede ser acordado por el Presidente sino con causa en guerra con el extranjero y comprender solamente los territorios amenazados por el enemigo.

De acuerdo con la reglamentación legal que organiza el estado de sitio, el Gobierno adquiere la facultad de practicar registros domiciliarios de día y de noche, prohibir el uso de armas y de las publicaciones y las reuniones tendientes a provocar desórdenes, etc.

De su parte, explican los autores que en su esencia el principal efecto de la declaración del estado de sitio consiste en la sustitución, en cierto grado, de las autoridades civiles por la autoridad militar para el ejercicio de los poderes de policía y de la represión penal. "De esta idea de sustitución —dice Bonnard en explicación exacta con la cual concuerdan los principales tratadistas que se han ocupado del difícil tema— resulta que la autoridad militar no posee en principio más poderes que los correspondientes a la autoridad administrativa que reemplaza, bajo reserva de que la ley expresamente se los confiera. El estado de sitio no tiene por objeto organizar una dictadura arbitraria de la autoridad militar. Como consecuencia de la sustitución, la autoridad militar permanece sometida al principio de la legalidad; y se le atribuye simplemente competencia porque en vista de las circunstancias en las cuales puede ser instituido el estado de sitio, la autoridad militar parece

más apta para hacerle frente". Y agrega. "En efecto, el estado de sitio puede ser declarado en caso de guerra o de insurrección a mano armada. Ahora, en estas circunstancias difíciles se requiere una acción particularmente enérgica para lo cual las autoridades militares parecen más capaces que las autoridades civiles; tanto más cuanto que a menudo existe una conexión muy estrecha entre ciertas medidas de policía y la conducción de la guerra o la represión de una insurrección".

La institución del estado de sitio declarado —que es una ficción jurídica en virtud de la cual se supone que una nación o parte de ella se encuentra rodeada de enemigos a la manera como podrían serlo las plazas cerradas de la antigüedad— pasó a América y se incorporó en casi todas las constituciones del Continente, aunque con diferencias más o menos apreciables en las fórmulas positivas que la consagraron. Así en la Argentina, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador y México, entre otras naciones, es función del Congreso declarar el estado de sitio, salvo las excepciones especialmente señaladas; y en aquellos países que, como Bolivia, Brasil, Perú, Uruguay y demás que otorgan esta facultad al Jefe del Ejecutivo, sus constituciones prevén formalidades especiales para ejercerla; señalan término a su duración y prohíben prolongarlo sin autorización del Congreso, o bien establecen en forma taxativa el límite de los poderes gubernamentales en el ejercicio de las medidas de carácter excepcional que el estado de sitio comporta.

La historia constitucional de Colombia contiene suficientes precedentes que permiten seguir el curso evolutivo de la institución desde que fue implantada en la Carta Suprema expedida en Cúcuta en 1821.

Decía el artículo 128 de este histórico documento político: "En los casos de conmoción a mano armada que amenace la seguridad de la República, y en la de una invasión exterior y repentina, puede (el Presidente de la República) con previo acuerdo y consentimiento del Congreso dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables y que no estén en la esfera natural de sus atribuciones. Si el Congreso no estuviere reunido, tendrá esa misma facultad por sí solo; pero lo convocará sin la menor mora, para proceder conforme a sus acuerdos. Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y al tiempo indispensablemente necesario".

Bajo la Constitución de la Nueva Granada, promulgada en 1832, debía el Presidente de la Repú-

blica ocurrir al Congreso, y en receso de éste al Consejo de Estado, en los mismos eventos —conmoción interna o agresión exterior— para que le fueran concedidas "con las restricciones que estime conveniente, en todo o en parte", las siguientes facultades: a) La de llamar al servicio aquella parte de la guardia nacional que considerara necesaria; b) La de comprometer anticipadamente las contribuciones y rendimiento de las rentas nacionales o empréstitos, si no pudieren cubrirse los gastos con los productos de las rentas; c) La de expedir órdenes de comparencia o arresto contra los indiciados de atentar contra la tranquilidad o la seguridad de la República, interrogarles o hacerles interrogar y ponerlos dentro de setenta y dos horas a disposición del Juez competente junto con los documentos que justificaran el arresto; y d) La de conceder armisticios o indultos generales o particulares.

Más tarde, el artículo 91 de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia —1863— reconoció que el Derecho de Gentes formaba parte de la legislación nacional; que sus disposiciones regirían especialmente los casos de guerra civil, y que en consecuencia podía ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, a quienes se recomendaba respetar las prácticas humanitarias y civilizadas.

La interpretación y aplicación práctica de esta norma constitucional se hizo en dos direcciones contrarias e inconciliables, pues al paso que algunos pretendían que por la ocurrencia de una contienda civil el imperio del Derecho de Gentes autorizaba la suspensión de las garantías individuales que la Constitución reconocía y sancionaba, sostenían otros que tales garantías —consagradas como base esencial e invariable de la Unión— sólo podían dejar de operar para quienes habiéndose realmente sublevado contra el régimen constitucional, debían quedar fuera de la ley y sujetos a las prácticas del Derecho de Gentes.

Respecto a la disposición de que se trata dice así el comentarista don José María Samper:

"De este orden de instituciones se originaron necesariamente, de un lado, la anarquía, y del otro, la arbitrariedad: la anarquía, porque el desorden podía ampararse con la letra y el espíritu de la Constitución para señorearse del país, rechazando toda intervención del Gobierno que se veía obligado a intervenir y hacer uso de la fuerza, atropellando la Constitución, so pena, si de otro modo procedía, de dejarse derrocar, o de consentir en el derrocamiento de los Estados, o de tolerar

que las insurrecciones se volviesen crónicas y la sociedad viviese presa de una incurable anarquía”.

En el año de 1867 fue promulgada la Constitución del Estado de Cundinamarca, la cual interpretó en los siguientes términos aquel precepto:

“El artículo 91 de la Constitución federal, por el que se incorpora el Derecho de Gentes en la legislación nacional, no faculta a ninguna autoridad del Estado para ejercer durante la guerra, contra las personas, sus derechos o sus bienes, ningún acto o función que pueda pretermitir en algún sentido el cumplimiento fiel de la garantía de los derechos individuales, consignados como condición de asociación de los Estados, en el artículo 15 de la Constitución Nacional.

La inteligencia que por la presente Constitución y para el Estado de Cundinamarca se fija al artículo 91 de la Constitución Nacional, no hace más que imponer el deber de admitir entre los beligerantes los preceptos del Derecho de Gentes y las prácticas de los pueblos cristianos y civilizados, para la calificación del carácter de la guerra, y el empleo de los medios pacíficos para su terminación”.

Este documento aparece suscrito, entre otras figuras ilustres de la República, por los doctores Manuel Murillo Toro, Francisco Javier Zaldúa, Santiago Pérez, Carlos Holguín, Tomás Cuenca, José Vicente Concha y José Domingo Ospina Camacho.

Los constituyentes de 1886 se inspiraron en el propósito de robustecer fuertemente la autoridad ejecutiva, y en punto a las facultades del Gobierno en tiempo de guerra le concedieron las que estimaron necesarias para la eficaz defensa de las instituciones, pero al mismo tiempo le señalaron límites para que la organización jurídica del Estado no sufriera quebrantos ni se impusiera una dictadura legalizada bajo el pretexto de la investidura de carácter extraordinario que el Estatuto fundamental prevé.

El artículo 121 que en aquel año se expidió y que estuvo vigente hasta la reforma de 1910, fue concebido en los siguientes términos:

“En los casos de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaratoria quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes y, en su defecto, de las que le dá el Derecho

de Gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que dentro de dichos límites dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luégo que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

Materia muy controvertida fue la de la inteligencia de este estatuto, particularmente desde el punto de vista del empleo que de él hicieron algunos de los Presidentes que gobernaron al país a fines del pasado siglo y principios del presente.

Ya en 1895 se sentó la tesis de que como efecto de la turbación del orden público quedan sólo rigiendo las reglas del Derecho de Gentes, y con base en esta doctrina se ordenó el juzgamiento y castigo de un delito común cometido en el panóptico de la ciudad de Bogotá; y posteriormente en 1895 y 1899, además de ratificarse tan absurda interpretación del texto constitucional, los gobiernos de entonces lo violaron abiertamente al aprovechar la turbación del orden público para asumir el papel de Congreso y legislar sobre toda clase de asuntos, “desde el trascendental por sus funestos resultados que concedió la prórroga de la concesión del Canal de Panamá, hasta el muy ruin que concedía una pensión de \$ 200.00 a la hija del Hombre de las Leyes, en el sentido de reducir esa pensión alimenticia a la exigua suma de \$ 100.00 mensuales”. (Eduardo Rodríguez Piñeres, conferencia en la A. C. de J. —1903—).

La tendencia al abuso de las autorizaciones extraordinarias, que de este modo vinieron a convertirse en verdaderas facultades discrecionales, tuvo su máxima expresión bajo la presidencia del General Rafael Reyes, respecto a la cual han escrito los autores Pombo y Guerra:

“Deseaba el nuevo Mandatario que se expidiesen algunas leyes sobre arbitrios fiscales: mas como no encontrase buena acogida en las Cámaras para la realización de estos proyectos, declaró concluidas las sesiones ordinarias, y apresó y desterró a algunos Representantes. Pocos días después recibió el Gobierno —o dijo haber recibido— noticia de que en la frontera del Táchira se hacían preparativos de guerra, lo que hacía temer una conmoción interior en territorio venezolano y has-

ta una invasión al colombiano o un trastorno en sus comarcas septentrionales, y por tales temores declaró turbado el orden público en los Departamentos de Cundinamarca y Santander, por Decreto de 29 de diciembre de 1904, cuando la paz más octaviana reinaba en todo el país.

Quedaron, pues, estos Departamentos en estado de sitio, a virtud de las agitaciones en limitado territorio de la vecina República y el gobierno colombiano investido de facultades extraordinarias "para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento", según el texto constitucional. Pero nadie estaba disputando estos derechos, y si el alzamiento de verificarse, sería en casa ajena. Esto no obstante, y estar circunscrito el estado de sitio a determinados Departamentos, por virtud del Decreto que así lo establecía, el Gobierno hizo uso de aquellas facultades para cuanto se refiere a todo el territorio nacional, y de esta suerte empezó a legislar sobre arbitrios fiscales; tarifa de aduanas; aumento de sueldos; centralización de la instrucción pública; prensa; creación de un nuevo Ministerio, y de Colonias penales y militares; suspensión de una actuación judicial; aprobación y caducidad de unos contratos; reorganización de Intendencias; aumento de sueldos; autorizaciones al Poder Ejecutivo; fundación del Banco Central, y sobre otros ramos de legislación adscritos tan solo al poder Legislativo".

"En uno de aquellos Decretos Legislativos, el de 1º de febrero de 1905, dictados por el General Reyes en ejercicio de las facultades extraordinarias, convocó una Asamblea Nacional, compuesta de tres Diputados por cada Departamento a quienes nombraría una junta presidida por el respectivo Gobernador. En los considerandos de este Decreto se hizo mérito de que el último Congreso no había expedido Ley de Presupuestos; de que el Ejecutivo había hecho "persistentes esfuerzos para obtener la armonía" con el Legislativo, lo que demostraba la ineficacia "de una nueva convocatoria del Congreso, peligrosa para la tranquilidad pública"; de que el Gobierno había expedido los Decretos Legislativos "indispensables para salvar de la anarquía la Administración pública"; y en fin, de que "no es en la Constitución, dice, sino en la suprema ley de la necesidad donde debe buscarse el fundamento de este acto trascendental", porque el organismo político y administrativo del país se había desvirtuado por la acción perturbadora del Congreso y por los sucesos cumplidos en los últimos años".

La Asamblea Nacional convocada en 1910 para acometer la reforma a la Constitución entonces vigente y reorganizar la República sobre nuevas bases de entendimiento y reconciliación de los partidos políticos; se ocupó —como era natural— en fijar límites más precisos a los poderes del Jefe del Estado en caso de emergencia bélica internacional o de perturbaciones internas, resguardando de esta manera los derechos de los ciudadanos contra la arbitrariedad y el desenfreno en épocas de calamidad para la República. De esta manera, el artículo 33 del Acto Legislativo No. 3 de aquel año —que es el 121 del Estatuto en la actualidad vigente— introdujo fundamentales modificaciones al precepto anterior, por medio de las cuales se trató, sobre todo, de fijar el alcance transitorio de las medidas extraordinarias que el Gobierno puede dictar en casos tales, así como el contenido y fuerza obligatoria de esta índole de actos frente a las demás reglas de derecho de origen legislativo, que constituye el ordenamiento jurídico del Estado colombiano.

La cláusula promulgada por el legislador supremo de 1910 proveyó así:

"En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público, y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno con-

vocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

La Corte ha establecido en varios fallos —y sobre todo en el de fecha 12 de junio de 1945— la diferencia sustancial entre el texto de 1886 y la enmienda de 1910; y de otro lado, expuesto con toda claridad su pensamiento acerca de las limitaciones y restricciones que el nuevo precepto comporta en el ejercicio, por parte del Ejecutivo, de sus atribuciones dentro del estado de turbación del orden público.

Es noción irrevocablemente incorporada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deja de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo lo autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud preveía el Estatuto de 1886, "para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento".

El propio don Miguel Antonio Caro explicaba así el alcance de la norma:

"En estas circunstancias el Presidente de la República ejerce las facultades que le hayan conferido las leyes y, en su defecto, las que le da el Derecho de Gentes, dictando decretos de carácter legislativo, pero en manera alguna para disponer libremente de la hacienda nacional ni de las vidas e intereses de los ciudadanos, sino con dos únicos fines legítimos, cuales son defender los derechos de la nación en guerra exterior y restablecer el orden interior si hubiere sido perturbado".

Y en el siguiente pasaje es mucho más explícito el pensamiento de aquel autorizado intérprete:

"Háse inventado recientemente una fórmula lacónica que sirve para cortar toda dificultad, y con lo cual se pretende justificar todo abuso oficial. Se dice que en tiempo de guerra los derechos individuales y el imperio de la ley quedan suspendidos y autorizado el Gobierno para hacer cuanto le plazca por medio de decretos. No se concibe interpretación más imprudente por lo absurda, ni

más alarmante por lo bárbaro de la disposición constitucional".

En ausencia de un derecho legislado que determine y precise la esfera de sus facultades, la ininterrumpida jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia afirma que durante el estado de sitio conserva el Presidente la plenitud de sus atributos constitucionales y legales y que éstos últimos siguen rigiendo mientras no sean suspendidos por los Decretos de carácter extraordinario cuando resulten incompatibles con la situación creada por la perturbación del orden público; y que, por otra parte, en tiempo de guerra la propia Constitución permite al Gobierno imponer contribuciones, realizar expropiaciones de bienes muebles sin previa indemnización, por autoridades distintas a las judiciales, ocupar la propiedad inmueble, restringir la libertad de prensa, prohibir la circulación de impresos por los correos, autorizar el ejercicio simultáneo de la autoridad política y civil, la judicial o militar, establecer restricciones a la libertad de reunión y adoptar otras medidas de la misma índole, todo con la suprema finalidad de restablecer el orden público. Pero no quiere ello decir que el régimen constitucional del país se altere o que pueda desconocerse el imperio de sus mandatos; ya que sería inaceptable desde todo punto de vista la tesis de que la organización fundamental de la República pudiera ser modificada o desconocida por decretos de carácter extraordinario o por la aplicación del Derecho de Gentes.

Porque al Presidente de la República corresponde, como suprema autoridad administrativa, conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo cuando estuviere turbado (Art. 120 ord. 11); y porque le es lícito dictar, en los casos y con las formalidades prescritas en el artículo 121 Decretos que tengan fuerza legislativa, los cuales dejan de regir al restablecerse el orden (Art. 118 ord. 8º) es por lo que la propia Constitución autoriza la restricción de algunas libertades individuales como las citadas, o la imposición de medidas de imposible empleo en épocas de normalidad; de donde se concluye que no puede existir una pretendida investidura de facultades discrecionales, sino simplemente que la legalidad marcial implica el ejercicio de poderes de acuerdo con un orden jurídico preestablecido y conforme al derecho.

El Decreto 163 proferido por el Gobierno el 21 de enero último, establece una censura para las estaciones radiodifusoras que funcionan en el país al imponerles la obligación de presentar previamente a las autoridades administrativas el texto

de sus emisiones y obtener su aprobación, al mismo tiempo que sanciona la pretermisión de esta formalidad con una pena pecuniaria o la clausura de las estaciones infractoras en caso de reincidencia. Puede y debe entenderse que con esta medida de carácter extraordinario el Gobierno suspende el ejercicio de la libertad de la prensa hablada o el de las comunicaciones, cosa que en principio puede hacer válidamente sin exorbitar los poderes de que dispone en tiempo de guerra y sin que sea dable observar que tal providencia no está encaminada a restablecer el orden público perturbado en el Departamento de Santander. Así las cosas, la tacha de inconstitucionalidad no resulta válida jurídicamente, porque con la resolución adoptada no se ha quebrantado ninguna de las normas del estatuto fundamental que garantiza la libre expresión del pensamiento por medio de la prensa escrita o hablada. Tampoco las demás cláusulas constitucionales que el actor invoca han sufrido menoscabo, a juicio de la Corte, pues como lo hace notar la Procuraduría General "la revisión previa de las comunicaciones nada tiene que ver con la inviolable reserva de la correspondencia confiada a los correos y telégrafos; ni se ve en qué sentido pueda afectar la propiedad privada o la propiedad literaria; ni cómo coarte el derecho de hacer peticiones a las autoridades, ni dónde esté mermada la libertad industrial concedida de acuerdo con la Ley 198".

#### **La territorialidad de las facultades gubernativas extraordinarias**

Los trastornos de la tranquilidad o la paz social son hechos materiales cuyo reconocimiento hace el Gobierno mediante la declaratoria de turbación del orden público y de hallarse el país en estado de sitio a causa de guerra exterior o conmoción interior, precisamente con el objeto de tomar las providencias necesarias y adecuadas para la defensa nacional o el restablecimiento del orden.

Por ministerio de la Carta Fundamental, la ficción jurídica del estado de sitio es susceptible de aplicación a todo el territorio nacional o sólo a una parte de él, de acuerdo con la magnitud y caracteres del trastorno que pueda originar la conmoción interna o la agresión del enemigo exterior, circunstancias que en cada caso particular deberán ser apreciadas por el Gobierno y el Consejo de Estado al expedirse el decreto que declara turbado el orden público. Ya se ha visto cómo la consecuencia inmediata de esta declaratoria es la

sustitución de las autoridades administrativas por las militares, o sea el implantamiento de la ley marcial en reemplazo del régimen de legalidad normal; y es la oportunidad de inquirir si la alteración del orden en un sitio determinado de la República produce el efecto de colocar todo el país bajo aquel régimen jurídico excepcional, o si por el contrario sus consecuencias quedan circunscritas a la porción territorial afectada por la declaración.

Para refutar este cargo propuesto por el ciudadano que ejercita la acción de inexecutable, solamente aduce el Ministerio Público las razones que en seguida se copian:

"La Constitución invistió al Presidente de la República de especiales facultades cuando ha declarado el estado de sitio en todo el territorio o en parte de él y no dice que tenga unas facultades cuando el estado de sitio es total y otras menores cuando es parcial. De modo que bien puede el Presidente de la República, por medio de decretos firmados por todos los Ministros, suspender la vigencia de leyes en toda la Nación, aunque el sitio sea parcial, si juzga que esas leyes son incompatibles con la necesidad de restablecer el orden público".

Con el propósito de enfrentar debidamente el problema que la demanda de inexecutable plantea y la solución adversa que el Agente del Ministerio Público sugiere, comienza la Corte por aceptar la noción elemental de que la competencia territorial ordinaria del Presidente de la República se extiende al país entero; pero que al mismo tiempo las facultades de que queda investido por mandato del artículo 121 de la Constitución tienen un carácter extraordinario e importan una excepción trascendental dentro de la esfera normal de sus poderes constitucionales y legales, y que este criterio de excepcionalidad debe orientar y regir la interpretación adecuada del precepto. Instituye éste que mediante ciertas formalidades de inexcusable cumplimiento puede el Presidente declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella; que en virtud de esta declaración tendrá, además de las facultades legales, las que el Derecho de Gentes reconoce para la guerra internacional; y que los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tienen carácter obligatorio, si están suscritos por todos los Ministros.

Se desprende de este ordenamiento, y de su relación con el artículo 118, Ord. 8º de la misma Carta, que la fuente originaria de los poderes ex-

cepcionales del Presidente en tiempo de guerra es la declaración formalmente hecha de que el orden se ha turbado en toda la República o en una parte del territorio nacional; o en otros términos, que su competencia para dictar decretos de obligatorio cumplimiento y con fuerza suficiente para suspender las leyes del Congreso está subordinada a esa declaración, y sujeta a las limitaciones con que ella se profiere. De otra suerte no existiría diferencia ninguna entre el estado de sitio limitado a una comarca y el general para toda la extensión de la República, de donde resultaría que el Constituyente impuso una distinción inútil e inoperante. Por lo demás, si el estado de sitio ficticio tiene por objeto localizar y aislar el foco de la rebelión o de la amenaza exterior para dominarlo con mayor prontitud y eficacia con instrumentos de naturaleza extraordinaria, no se ve el fundamento lógico de que tales medidas se extiendan a las regiones no afectadas, sometiendo así a sus habitantes a la jurisdicción de las autoridades militares con mermá de las libertades ciudadanas que el derecho común consagra y sanciona.

Dice el doctor José Vicente Concha:

“La limitación preventiva más general de la libertad, es la que resulta de la declaración del estado de sitio, ficticio o real. Es la primera, la que se aplica a una ciudad o territorio en tiempo de paz con el fin de suspender uno o varios de los derechos o libertades individuales; la segunda ocurre en tiempo de guerra para poner en ciertos territorios el Poder supremo en manos de la autoridad militar, a fin de conservar el orden y asegurar la defensa de los intereses sociales, aunque la autoridad civil continúe ejerciendo aquellas funciones que no haya asumido la militar. Las garantías ordinarias de la libertad quedan de hecho suprimidas, y la administración de justicia, en lo referente a crímenes y delitos contra la seguridad de la Nación, contra el orden y la paz públicas, pasa a manos de la autoridad militar, cualquiera que sea la condición o calidad de los acusados de esos delitos; pero en todo caso la jurisdicción militar debe estar sujeta a las leyes y reglamentos preestablecidos, sin que le sea permitido proceder a su arbitrio; por el contrario, quedan sujetos a responsabilidad legal los funcionarios que la ejercen, por cualquier extralimitación violatoria del derecho.

Si una situación anormal de guerra, que perturba todas las condiciones de la existencia social en el territorio azotado por ella, impone la necesidad de modificar la forma del ejercicio de la au-

toridad, como la de la protección debida a los derechos de los ciudadanos, no implica esto que la arbitrariedad haya de imperar en donde antes reinaba la ley, sino que a un sistema de legalidad se debe sustituir otro, y que sin desconocer el derecho por un interés público, se le señalan limitaciones que no son las ordinarias”.

Esta tesis, abundantemente compartida por los más ilustres doctrinantes del derecho público, fue expuesta por la Corte Suprema en fallo de 2 de abril de 1935, con motivo de la acusación de los Decretos número 2429 del 28 de diciembre de 1934, que reorganizó la contribución llamada “cuota militar”, y 2423 del 29 de diciembre del mismo año, reformatorio de las disposiciones sobre impuesto a la renta y establecimiento de una contribución especial. Estos decretos fueron dictados cuando estaba turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y las Comisarias del Caquetá y el Putumayo con ocasión del conflicto internacional con el Perú.

La Corte dijo entonces respecto a la juridicidad de estos actos en relación con sus efectos en las zonas no sujetas al estado de sitio:

“Cuando el constituyente, en el artículo 33 que se comenta, estatuyó que puede el Presidente de la República en los casos de guerra exterior o de conmoción interior “declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella”, dejó al Presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de esta autorización constitucional respecto de toda la República o de parte de ella. Y es racional esta libertad, pues dados los fines de dicha autorización, la inminencia de los peligros exteriores y la magnitud de la conmoción —que puede referirse a todo el territorio de la República o parte considerable de él, o a parte insignificante, a la repercusión del movimiento por la importancia de la localidad en que ocurriere— en estas circunstancias solo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen de la legalidad marcial. Y para adoptar esta medida debe suponerse que el Presidente habría de tener en cuenta que no sería justo ni constitucional sujetar a mucha parte de la ciudadanía colombiana a la **máxima capitis deminutio** que implica el régimen del simple Derecho de Gentes, allí donde la Constitución ha fijado normas protectoras de los derechos individuales, enfrente y como garantía de las usurpaciones que el Gobierno pudiese realizar.

Y como las facultades del Gobierno en materia de legislación, según lo expresa el artículo citado, se limitan a la suspensión de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio; y como esta incompatibilidad puede ocurrir en todo el territorio de la República cuando la declaración de turbación a todo él se refiera, o sólo en la parte de él que la declaración comprenda, hay que concluir que habiendo circunscrito tal medida, en el caso que se cuestiona y según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarias del Caquetá y del Putumayo, los efectos constitucionales del estado de sitio quedaron limitados de modo expreso por el mismo Gobierno a estos territorios, y, de consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo idéntica declaración respecto del Distrito de Manizales y la zona del ferrocarril de Antioquia. Y en estas circunstancias constitucionales debe reconocerse que imperando el régimen de normalidad jurídica en el resto de la República, no pudo el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni tampoco decretar la contribución denominada "cuota militar".

.....  
 "Y no es obstáculo a esta conclusión la tesis de la solidaridad nacional que debe extender sobre todo el país las consecuencias del estado de sitio, porque, como se ha visto, es al señor Presidente de la República previa audiencia del Consejo de Estado, a quien corresponde apreciar las circunstancias de hecho y sus consecuencias; y así como puede limitar su declaración a una parte del territorio, así también puede hacerla extensiva a toda la República. Y como según el Decreto 1475 de 1932, no obstante estar circunscrita la conmoción a la población de Leticia, el estado de sitio se extendió a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarias del Caquetá y del Putumayo, esta limitación prueba que el Gobierno consideró, tal como lo expresa el Decreto, que el estado de sitio y sus consecuencias sólo eran necesarios en aquella región. De suerte que la clara limitación allí establecida hace arbitraria toda otra interpretación que pretenda dársele.

Por otra parte, la tesis del señor Procurador haría prácticamente inútil la distinción constitucional entre el estado de sitio total para la República y el parcial para determinada porción del territorio, distinción que debe traer consigo consecuencias diversas para el uno y el otro caso, pues de lo contrario se llegaría a admitir que imperasen

en la República a la vez dos regímenes distintos y opuestos entre sí; el régimen de la paz con la armónica distribución y limitación de los distintos organismos del Poder Público, el libre ejercicio del sufragio y de todos los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y el régimen del Derecho de Gentes o de la legalidad marcial, con la suspensión temporal de todas las leyes que garantizan esos derechos cuando fueren incompatibles con el estado de sitio, y con el derecho para el Presidente de la República de reunir y asumir en sí todos los poderes que corresponden al Legislativo, pudiendo hasta declararse en ejercicio del comando de la armada, dirigir las operaciones militares, etc., etc. Esta coexistencia de regímenes opuestos traería consigo la absoluta incertidumbre en cada miembro de la comunidad social acerca de su situación jurídica enfrente del Estado y respecto de sus conciudadanos".

No vacila la actual Corte en prohiar como regla general la jurisprudencia adoptada por la entidad falladora en 1935, no obstante que sobre ella se produjeron salvamentos de votos por parte de magistrados tan eminentes como los que suscribieron la decisión de mayoría, porque encuentra que además de los sólidos argumentos lógicos que sustentan aquella trascendental doctrina existen abundantes razones de principios y de derecho que se conjugan para dar a la norma su cabal interpretación en el sentido en que aquí se mantiene.

En primer lugar habrá de afirmarse que repugna a conocidos postulados del derecho universal la coexistencia, con respecto a los ciudadanos de un mismo país; de dos órdenes de regulaciones jurídicas contradictorias entre sí, por lo que en la esfera de las libertades individuales resultaría absurdo el mantenimiento de la integridad de las garantías constitucionales al mismo tiempo que las restricciones que el implantamiento de la ley marcial trae consigo, ya que esta indefinición en el estatuto jurídico del ciudadano, no puede ser concebible dentro de la noción de un Estado democrático de derecho, y porque su implantamiento provocaría el desorden y la anarquía en el ejercicio del poder político.

Tal vez bajo la inspiración de estos mismos principios en la organización democrática de la República la legislación francesa reguladora del estado de sitio previó la posibilidad de declararlo parcialmente, conciliando de esta manera la necesidad de dotar al gobierno de los recursos indispensables para dominar las situaciones de emergencia y de trastornos sociales con el mantenimien-

to de un régimen de estricto derecho fuera de las zonas perturbadas o amenazadas. Y con estas mismas características la institución se trasplantó a América, y así se ve —valga la ejemplificación— que de acuerdo con la Constitución Argentina de 1853 corresponde al Congreso la atribución de declarar el estado de sitio en uno o varios puntos de la Nación y aprobar o suspender el que se hubiere declarado, durante su receso por el poder ejecutivo; y esta disposición está relacionada con la que provee: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la Provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendidas allí las garantías constitucionales”.

Según la Constitución brasilera de 1937, puede el Jefe del Estado declarar el estado de emergencia o el de guerra en todo el territorio “o en la porción del territorio particularmente amenazado”; y “durante la vigencia del estado de guerra estará en suspenso la Constitución en las partes indicadas por el Presidente de la República”.

La Constitución Nacional de Costa Rica contiene la siguiente disposición relativa a las facultades del Congreso: “suspender por dos tercios de votos presentes, en caso de hallarse la República en inminente peligro, sea por causa de agresión extranjera, sea por causa de conmoción interior las garantías individuales consignadas en los artículos 28, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 40 y 41 de la misma Ley Fundamental. Esta suspensión podrá ser de todas estas garantías o de alguna de ellas, para todo el territorio de la República o para una parte de él y por sesenta días o por menos”.

Iguales previsiones respecto a la limitación de los efectos del estado de sitio a las regiones amenazadas o en que se hubiere declarado turbado el orden público, están consignadas en las leyes fundamentales de muchas otras repúblicas americanas, entre ellas Cuba (Art. 41), Chile (Art. 72, num. 17), Ecuador (Art. 83), México (Art. 29), etc.

Robustece, pues, la tesis adoptada no sólo la opinión de los teóricos de la ciencia política sino la legislación positiva americana, que en esta materia tiene el mismo origen e igual tradición que la vigente en Colombia, en donde como se vio en el capítulo correspondiente también existió igual precepto en su Constitución de 1821, la cual decía respecto a la autorización que debía dar el Congreso al Presidente para el ejercicio de facultades extraordinarias en casos de conmoción a mano armada

o de invasión exterior y repentina: “Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y al tiempo indispensablemente necesarios”.

No obstante los fundamentos exhibidos por el antecedente jurisprudencial de que se ha hecho mérito, y de haberse discutido los diversos puntos de vista a que puede dar lugar su aplicabilidad al caso concreto que ha venido examinándose, debe la Corte contemplar la situación creada con motivo de la expedición, con posterioridad a la demanda, de otros actos jurídicos que dejaron sin efecto el acusado de inexecutable y que, por consiguiente, harían innecesario ahora cualquier pronunciamiento de fondo sobre el Decreto 163 respecto a su inconstitucionalidad o a su sometimiento a las normas del Código Supremo.

En efecto, con motivo de los graves sucesos ocurridos el 9 de abril del corriente año, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1239 y 1259, de fechas 10 y 16 del mismo mes, por medio de los cuales declaró turbado el orden público en todo el territorio de la República; y más tarde, mediante el Decreto número 1271 del 18 de abril, estableció la censura para la radiodifusión y la prensa, como medida aplicable a todo el país.

La influencia de estas providencias en el contenido del acto en acusación resulta indiscutible para la Sala Plena y de ahí que opte por abstenerse de adoptar una decisión distinta de la simplemente inhibitoria.

Por tanto se resuelve que no es el caso de entrar a decidir sobre la exequibilidad o inexecutable del Decreto materia de la acusación.

Cópiese, notifíquese al señor Procurador General de la Nación, comuníquese al Excelentísimo Señor Presidente de la República y publíquese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Anibal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Alvaro Leal Morales. — Ramón Miranda. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Eleuterio Serna R. — Domingo Sarasty. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**EXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS 1285 Y 1406 DE 1948 SOBRE CONVOCATORIA DE CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. — FACULTADES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO DURANTE LA TURBACION DEL ORDEN PÚBLICO. — SU ALCANCE. — CONCEPTO DE FACULTADES LEGALES EN GENERAL. — GARANTIAS CONSTITUCIONALES INDIVIDUALES QUE DEJAN DE REGIR EN TIEMPO DE ESTADO DE SITIO. — POSIBILIDAD DE QUE LOS PARTICULARES INFRINJAN EN ESTE TIEMPO LAS NORMAS DEL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. — COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES PARA JUZGAR A OTRAS PERSONAS DISTINTAS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE LOS CIVILES AL SERVICIO DE LAS MISMAS.**

1.—Como lo explicó la Corte en sentencia de 12 de junio de 1945, obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la alteración del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia extraordinaria, de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del constituyente, por encima, transitoriamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país; pues es notorio, y así se reconoce en el espíritu, los antecedentes y la finalidad del artículo 117, que en las emergencias de alteración del orden interno, la acción del Gobierno para restablecerlo debe cumplirse, sin la asistencia, colaboración o control del Congreso, ante el cual tendrá sí que comparecer a explicar su conducta y sus actuaciones, una vez que la normalidad se haya restablecido.

2.—Facultades legales en general, son las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución, que es ley fundamental, y las

otras que desarrollan sus preceptos. Tiene el Presidente, según esto, (cuando está turbado el orden público) las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar Decretos Legislativos con fuerza obligatoria (artículo 113, numeral 8), como la tendrían las leyes que en situación igual a la contemplada por el Gobierno dictase el Congreso lo que es tanto como decir que para la emergencia de la turbación del orden pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Pero no es esto solo, sino que puede aún el Gobierno, por medio de tales decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues éste no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el Presidente en tiempos de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contrariar las normas que la Constitución de modo expreso ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, conforme al cual no puede el legislador imponer la pena capital en ningún caso.

3.—Aparece de la confrontación de los poderes que la Carta otorga al Presidente de la República para situaciones de anormalidad, y de las atribuciones que ella le asigna a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, que al conocer ésta de las de-

mandas sobre inxequibilidad referentes a decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad y de paz. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los decretos extraordinarios se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente ejerce cuando el orden público se altera. Habrá de verse entonces cómo la potestad legislativa del Presidente puede invadir zonas que en manera alguna podría afectar una ley del Congreso, en cuanto ella tocase los derechos individuales y las garantías sociales.

4.—Con apoyo en razones deducidas de la interpretación jurídica de la Carta y en reiteradas decisiones, ha concluido doctrinariamente la Corte que de las normas constitucionales que en materia de irretroactividad de la ley penal consagran los artículos 26 y 28 de la Carta, en caso de turbación del orden público y de estado de sitio pueden dejar de operar y regir las que tocan con la determinación del procedimiento en los juicios y la competencia de los Tribunales. Las notorias diferencias de texto, como ya en otras ocasiones se ha advertido, no dejan duda de que en cada una de ellas se contempla una situación jurídica distinta: la del juzgamiento, comprensiva de los trámites procesales y del tribunal, a que inequívocamente se refiere el artículo 26 al decir: "Nadie puede ser JUZGADO..." y la de la penalidad, concerniente a la definición y castigo de los delitos, a que exclusivamente alude el artículo 28 cuando dice: "Nadie podrá ser PENA-DO..." Es de notar, además, desde el punto de vista de la discriminación que la Carta hace respecto de las garantías individuales para el tiempo de paz y el tiempo de guerra, que la última de las disposiciones precitadas estatuye expresamente que la garantía de la irretroactividad de la ley en materia de penalidad rige aún en tiempo de guerra, a la vez que el artículo 26 no impone lo mismo sino que se limita a establecer una regla ordinaria para el estado de normalidad cons-

titucional. Estas diferencias sustanciales entre los dos aludidos preceptos de la Carta, discernibles con su simple lectura, justifican sobradamente la interpretación que de manera constante les asigna distinto grado de estabilidad a las garantías que ellas consagran, en el sentido de la posibilidad de ser afectadas legítimamente por el acrecimiento de las facultades presidenciales a consecuencia del estado de sitio, esto es, diferente funcionamiento dentro del régimen de la legalidad marcial.

Este entendimiento de la Constitución en materia de la irretroactividad de la ley penal es, por otra parte, norma obligatoria por estar así fijado su sentido en la interpretación que con autoridad ha hecho el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, con el valor excepcional que le comunica la circunstancia de provenir del mismo legislador que redactó los textos constitucionales, a raíz de su expedición.

5.—Por regla general y dentro de un régimen de normalidad, los particulares no pueden violar la ley penal militar, es decir, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho violatorio de la ley penal, realizado por personas civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, es de jurisdicción y competencia de las autoridades comunes, y sus actos, por consiguiente, caen dentro de las sanciones del Código Penal Ordinario y no de la Ley Penal Militar.

Los hechos previstos como delitos en el Código de Justicia Militar, durante la vigencia de un estado de normalidad, sólo pueden ser cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio y, dentro de ese mismo estado, los particulares al servicio de las Fuerzas Armadas, también pueden infringir las disposiciones de la Justicia Militar según lo dispone el artículo 140 de la Ley 3 de 1945.

Pero esta regla general, como ya se vio tiene una excepción dentro de la cual los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, también pueden violar normas o preceptos contenidos en el Código de Justicia Penal Militar, ocurrencia que tiene lugar cuando la Nación está en presencia de un caso, no de normalidad, sino de legalidad marcial, configurado por una de estas cir-

**cunstancias: que la Nación se encuentre en guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación del orden público, siempre que ese hecho haya sido reconocido o declarado por el Gobierno mediante un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.**

En estos casos, y a partir del Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Penal Militar, y, por consiguiente, los hechos que configuran esas violaciones pueden ser de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, no sólo en lo que hace referencia a su juzgamiento sino también a la penalidad. El principio anterior se halla consignado en diversas disposiciones de la Ley 3 de 1945.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

Al adoptarse el proyecto presentado por el Magistrado doctor Hernán Salamanca, la mayoría de los magistrados que integran la Sala Plena de la Corte, no estuvo de acuerdo con la parte relativa a la penalidad a que indirectamente hacen referencia los decretos acusados. Por este motivo pasó el negocio al magistrado que le sigue en turno, para su elaboración, en esta parte, ya que en lo relativo a la tesis principal sobre juzgamiento y conclusiones sobre exequibilidad de los decretos el pensamiento de la Corte es unánime, y por tal razón se acogen esos conceptos.

El doctor Carlos H. Pareja, en ejercicio de la acción pública de inexecutable que a cualquier ciudadano confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, en libelo de 18 de mayo del año que corre, pide a la Corte que declare inconstitucionales los Decretos Legislativos números 1285 de 21 de abril y 1406 del 30 del mismo mes, ambos del presente año, dictados por el Gobierno en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Carta, dentro del estado de sitio en que se encuentra la República.

Los decretos acusados son de este tenor:

“El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo

121 de la Constitución Nacional y la Ley, 3ª de 1945, y

**Considerando:**

1º—Que por decretos números 1239 y 1259, de fechas 10 y 16 de los corrientes, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

2º—Que por virtud de los decretos de turbación del orden público el Gobierno está investido de las facultades extraordinarias de que trata el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

3º—Que el artículo 122 de la Ley 3ª de 1945 faculta al Gobierno para convocar Consejos de Guerra Verbales encargados de juzgar a todas las personas sindicadas de delitos previstos en el Código de Justicia Penal Militar, cometidos antes o después de la turbación del orden público, siempre que en el primer caso se trate de hechos que tengan relación con los que tengan origen en esta turbación,

**Decreta:**

Artículo 1º—El Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares procederá a convocar inmediatamente los Consejos de Guerra Verbales que estime necesarios para que por el procedimiento establecido en el Libro Segundo, Título 9º del Código de Justicia Penal Militar, sean juzgadas todas las personas sindicadas de los delitos de fuga y evasión de presos, devastación, saqueo, hurto, robo y demás delitos o infracciones a que se refiere el Código de Justicia Penal Militar, cometidos antes o después de la turbación del orden público, siempre que en el primer caso se trate de hechos que tengan relación con los que dieron origen a esa situación.

De los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos por particulares, así como también de aquellos contra la libertad y el honor sexuales, que por no estar contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, no pueden ser juzgados por la Justicia Militar, conocerá la justicia ordinaria, y las investigaciones correspondientes serán adelantadas por jueces especiales designados por el Ministerio de Justicia.

Parágrafo primero.—El Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares queda facultado para designar el funcionario que sustituya al Juez Militar de que trata el artículo 124 del Código de Justicia Penal Militar, cuando funcionen simultáneamente varios Consejos de Guerra Verbales en una misma Brigada.

Parágrafo segundo.—Quedan comprendidos en

lo dispuesto en este artículo todas las personas que hubieren invitado a cometer los delitos cuyo juzgamiento se atribuye a los Consejos de Guerra Verbales por medio del presente decreto.

Parágrafo tercero.—Del delito de homicidio cometido en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de los corrientes, conocerá la justicia ordinaria, y la instrucción del proceso estará a cargo del doctor Ricardo Jordán Jiménez, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto número 1276, de 19 de abril.

Parágrafo cuarto.—De los simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos por personas no militares y que no estén al servicio de las Fuerzas Militares, conocerá la justicia ordinaria.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 21 de abril de 1948".

"Decreto número 1406 de 1948 (abril 30) por el cual se aclara el Decreto número 1285 de 1948.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, y en particular de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional,

#### Decreta:

Artículo primero.—Para los efectos indicados en el decreto número 1285 de 1948, se entiende por simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, los que no hayan estado acompañados de homicidios o lesiones o saqueo o cualesquiera otros delitos contemplados en los Códigos Penal y de Justicia Penal Militar.

En consecuencia, si se trata de delitos complejos, es decir, de delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, como los enumerados en el inciso anterior, el conocimiento corresponde a la Justicia Militar.

Artículo segundo.—En los términos del artículo anterior queda aclarado el Decreto número 1285 de 1948.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 30 de abril de 1948".

Se señalan como infringidas las disposiciones contenidas en los artículos 26, 28, 121 y 170 de la Constitución, y en las razones que en seguida se insertan, tomándolas de la demanda, se hace consistir el fundamento de la acusación de la cual se excluyen expresamente los Parágrafos 3º y 4º del artículo único del primer decreto.

"1º—Es bien sabido que el estado de sitio no suspende las garantías constitucionales que no son incompatibles con la defensa del orden público amenazado. Los artículos 26 y 28 de la Carta Fundamental, en sus respectivos primeros incisos, consagran la misma garantía por un doble aspecto: en relación con el juzgamiento de las personas, y en relación con el castigo de los delitos. En ambos aspectos, la irretroactividad de la ley penal es la regla general. Pero en cuanto al juzgamiento, la Corte ha admitido que la regla tiene una excepción en lo relativo "al procedimiento y a los tribunales" (Sent. 12 de junio de 1945, G. J. No. 2019, P. 24). El punto, sin embargo, no fue unánimemente admitido: salvaron su voto los magistrados Cock, Montalvo, Sarasty y Tapias Pilonieta. Yo creo que la Corte, en el caso específico que allí se debatía (los decretos sobre Consejo de Guerra Verbales por la conspiración del 10 de julio de 1944), tuvo razón al sostener que la excepción era procedente en ese caso, porque los acusados allí eran militares y su fuero no se violaba; los tribunales militares subsistían y subsistía el procedimiento militar, sin salirse del fuero. Ese, sin embargo, no es el caso de los decretos que estoy acusando.

"2º—En el caso de los Decretos que acuso se violan flagrantemente las citadas garantías constitucionales, en concordancia con lo que consagra para los militares el artículo 170 de la Constitución, por los siguientes conceptos:

a) Todos los delitos cometidos el 9 de abril y en los días subsiguientes por los particulares, están definidos en el Código Penal, y su juzgamiento por los jueces ordinarios competentes no es incompatible con el mantenimiento del orden público ni con el estado de sitio.

b) El Código de Justicia Penal Militar (Ley 3ª de 1945) regula los delitos diferentes de los definidos en el Código Penal, delitos que son típicos de las Fuerzas Militares y que en ningún caso podrían cometer los particulares como tales sin conexión con el Ejército. Para el juzgamiento y castigo de estos delitos militares existe un "fuero" que la Ley 3ª consagra, en desarrollo del precepto fundamental que consagra el artículo 170 de la Constitución.

c) Los decretos acusados no se limitan, como en el caso de los Decretos relativos a la conspiración del 10 de julio de 1944, a crear tribunales especiales para el juzgamiento, o reglas adjetivas de procedimiento, para conocer de los delitos o infracciones del 9 de abril, sino que despoja a la jurisdic-

ción ordinaria de su función, que la Constitución le ha otorgado en los artículos 147 y ss. y asigna jurisdicción a los Consejos de Guerra y a los Tribunales Militares para juzgar y castigar esos hechos.

Y esto sí no lo puede hacer el Gobierno, sin trastocar el orden constitucional.

d) Los particulares que delinquieron el 9 de abril en cierto modo adquirieron un derecho a ser juzgados por sus jueces naturales. Y a ser castigados conforme a las leyes vigentes ese día. Pero los actos acusados les arrebatan sus jueces y, lo que es más grave, los someten a un fuero que les da menos garantías y los exponen a sufrir penas muy superiores a las fijadas por el Código Penal ordinario.

Hay, pues, una manifiesta violación de las garantías señaladas por la Constitución en los artículos antes mencionados”.

El señor Procurador General de la Nación, en el concepto con que ilustra este juicio de inxequibilidad, considera, como lo ha expresado varias veces a la Corte, que con la declaración del estado de sitio el Gobierno queda investido de facultades amplísimas para suspender disposiciones legales, sin más límites que los expresamente determinados en la Constitución para esos casos de anormalidad, y como en relación con la competencia de los jueces y el modo de juzgar no contiene la Carta limitación a las facultades extraordinarias del Gobierno, pues éste, cuando lo estime necesario para el restablecimiento del orden público, puede modificar, con efecto inmediato, las leyes sobre competencia y sobre procedimiento. No así en lo que respecta a la definición y castigo de los delitos, porque el artículo 28 de la Constitución impide al Gobierno, aun en tiempo de guerra, modificar con efecto retroactivo las leyes concernientes a la penalidad. A la luz de esta última norma considera el señor Procurador General de la Nación que los decretos acusados son inconstitucionales en cuanto autorizan a los Consejos de Guerra para aplicar a los particulares la definición y las penas de que trata el Libro III de la Ley 3ª de 1945, sobre Código de Justicia Penal Militar, porque este estatuto no prevé sino delitos militares y no se aplica, dentro del fuero correspondiente, sino a los militares y a los civiles al servicio del ejército, esto es, no puede ser violado por los particulares, y siendo sus sanciones más severas que las señaladas en el Código Penal para los mismos hechos, peca contra el artículo 28 de la Carta su aplicación a los particulares con efecto retroactivo. Para ilustrar su tesis transcribe el señor Procurador la carta abierta

que con fecha 18 de mayo de este año dirigió al señor Ministro de Justicia sobre este particular de la aplicación de la ley penal, y concluye: “Como los decretos no fueron aclarados, pero en cambio frases contenidas en ellos, y circulares dirigidas por el mismo Gobierno a los Jueces de Instrucción, dejan entender que el Código de Justicia Penal Militar destinado a la definición de los delitos y al señalamiento de las penas, debe aplicarse a los particulares en relación con hechos cometidos antes de la expedición de esos decretos, considero que por ese aspecto son inconstitucionales por violar el artículo 28, ya copiado”.

Se considera para resolver:

Las cuestiones de inconstitucionalidad que el demandante plantea son, compendiadas, las siguientes: El Gobierno excedió las facultades que le corresponden por virtud del estado de sitio al derogar y reformar las leyes sobre competencia y procedimiento para los particulares en materia penal, porque lo único que constitucionalmente puede hacer en tal situación es suspender las leyes incompatibles con la necesidad de restablecer el orden público y la administración de justicia ordinaria no es en manera alguna contraria con ese orden ni incompatible con el estado de sitio. El Gobierno no puede, ni aun en estado de sitio, privar a los particulares de sus jueces comunes, o naturales, como los llama la demanda, para someterlos a un fuero especial que la Constitución destina exclusivamente a los militares. Esto en relación con el juzgamiento. Y por lo que hace a la penalidad, aplicar a los civiles el Código Penal Militar equivale a modificar retroactivamente, agravándolas, las leyes que definen y sancionan exclusivamente delitos militares y que, por tanto, no pudieron ser violadas por los particulares, ni pueden aplicárseles por efecto de leyes posteriores al hecho que se quiere sancionar.

En sentencia de 12 de junio de 1945 (G. J. tomo LIX, No. 2019, pág. 24) proferida con ocasión de un caso semejante al que hoy se estudia hizo la Corte la exposición y análisis de tesis y doctrinas constitucionales sobre la turbación del orden público interno y sus consecuencias en relación con las facultades del Gobierno, con recuerdo y cita de los antecedentes históricos constitucionales a fin de determinar el alcance de las atribuciones presidenciales en esa situación anormal y el ámbito de su actividad. Las conclusiones doctrinarias que entonces adoptó la Corte como fundamento de su decisión son actualizables para el caso de ahora, no obstante las diferencias circunstanciales de los epi-

sodios nacionales determinantes de la turbación del orden público. Se dijo entonces y se repite hoy:

“Establece el artículo 120 de la Constitución de 1886, hoy el 115, que “corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: . . . 7º Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”, y el artículo 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 117 del Estatuto, otorga al Presidente la facultad de declarar que se ha turbado el orden público y de adoptar las medidas ordenadas a su restablecimiento. Los dos preceptos se hallan íntimamente vinculados, porque al deber que la Constitución le impone al Presidente de conservar el orden público y de restablecerlo, debía corresponder la potestad de aplicar los medios conducentes al cumplimiento de aquella obligación. La paz pública descansa, conforme al Estatuto Fundamental, en la actitud vigilante del Jefe del Estado para evitar que se altere, o en su acción enérgica y fuerte, si preciso fuere, para que vuelva a la normalidad. Tan ponderoso encargo corre parejas con el ejercicio prudente de los medios excepcionales que la Carta le da al Presidente para que llene la más delicada y alta de sus funciones como suprema autoridad administrativa. La declaración sobre turbación del orden público envuelve máximos atributos de poder, paralelos con una responsabilidad eminente. Obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la alteración del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado, que por la generalidad de aplicación a todos excluya el carácter que los reformadores de 1910 quisieron evitarles a las providencias del Gobierno durante el estado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, y si se acomodan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan, por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia ordinaria se suspende, como la de todas las leyes. mientras dura la perturbación, para dar entrada a su vigencia extraordinaria, de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del constituyente, por encima, transito-

riamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país; pues es notorio, y así se reconoce en el espíritu, los antecedentes y la finalidad del artículo 117, que en las emergencias de alteración del orden interno, la acción del Gobierno para restablecerlo debe cumplirse, sin la asistencia, colaboración o control del Congreso, ante el cual tendrá sí que comparecer a explicar su conducta y sus actuaciones, una vez que la normalidad se haya restablecido.

“Tan delicada es la misión del Presidente, que si de otro modo hubiesen de interpretarse los preceptos de la Carta tocantes con sus atribuciones y deberes en los casos de alteración de la paz pública, aquel encargo sería irrisorio, pues dejaría al Jefe del Estado a merced de los atentados subversivos y revolucionarios, sin los medios de obrar adecuadamente sobre los fines de la conservación y del restablecimiento de la normalidad. Semejante interpretación contrariaría la finalidad de la norma, que quiere que el Presidente ampare y defienda las garantías y derechos de los ciudadanos, y defienda y ampare al propio tiempo el bien supremo del orden”.

.....  
 “Frente a las atribuciones que el Estatuto concede a la Corte Suprema de Justicia para resolver sobre la vigencia constitucional de las leyes y decretos, ¿en qué situación se colocan los de carácter extraordinario que dicta el Presidente, acompañado de sus Ministros, cuando el orden público se ha turbado?

“Hay en los motivos de esta interrogación conceptos cuyo alcance importa establecer antes de contestar a la cuestión propuesta. En primer lugar, ha de examinarse cuáles son las “**facultades legales**” a que la Constitución se refiere y cuáles las reglas de Derecho de Gentes a que también alude, como normativas de su actividad.

“Facultades legales en general, son las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución, que es la Ley Fundamental, y las otras que desarrollan sus preceptos. Tiene el Presidente, según esto, las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar Decretos Legislativos con fuerza obligatoria (artículo 113, numeral 8º), como la tendrían las leyes que en situación igual a la contemplada por el Gobierno dictase el Congreso; lo que es tanto como decir que para la emergencia de la turbación del orden pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Pero

no es esto solo, sino que puede aun el Gobierno, por medio de tales decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues éste no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el Presidente en tiempos de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contrariar las normas que la Constitución de modo expreso ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, conforme al cual no puede el legislador imponer la pena capital en ningún caso".

"Aparece de la confrontación de los poderes que la Carta otorga al Presidente de la República para situaciones de anormalidad, y de las atribuciones que ella le asigna a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, que al conocer ésta de las demandas sobre inexecutable referentes a decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad y de paz. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los decretos extraordinarios se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente de la República ejerce cuando el orden público se altera. Habrá de verse entonces cómo la potestad legislativa del Presidente puede invadir zonas que en manera alguna podría afectar una ley del Congreso, en cuanto ella tocara los derechos individuales y las garantías sociales .

"Lo que no es óbice al deber general que tiene la Corte Suprema de Justicia, por razón de sus funciones, de velar por la guarda de la integridad de la Constitución y decidir respecto a la executable de los decretos legislativos. Solo que al hacerlo habrá de tener en cuenta que el imperio común de la Carta se halla entonces condicionado, por la emergencia de la turbación del orden, al régimen de facultades extraordinarias de que durante él queda investido el Presidente de la República. Hay, como lo expresó el señor Caro, dos órdenes de legalidad constitucional, cuya guarda

le compete a la Corte: "La Constitución no cesa de regir en ningún tiempo; ella establece dos órdenes de legalidad: a la de la paz reemplaza constitucionalmente, llegado el caso, la legalidad marcial, una verdadera legalidad".

A la luz de estas doctrinas constitucionales de carácter general se consideran, concretamente, las acusaciones de la demanda contra los Decretos legislativos números 1285 y 1406 de fechas 21 y 30 de abril del año en curso, dictados "en uso de las facultades que le confieren el artículo 121 de la Constitución Nacional y la Ley 3ª de 1945", durante la actual turbación del orden público declarada por medio de los decretos números 1239 y 1259 de fechas 10 y 16 del citado mes de abril.

Afirma el demandante, como se vio, que tales ordenamientos del Gobierno quebrantan, o no se ajustan a ellos, los artículos 121 y 26 de la Constitución Nacional porque según el primeró de estos preceptos, los decretos de carácter extraordinario que autoriza no pueden derogar las leyes simplemente suspender las incompatibles con el estado de sitio, y en tal incompatibilidad no caen las reglas ordinarias sobre competencia y procedimiento, según las cuales los Tribunales Militares son para el juzgamiento de los militares, y los comunes para el juzgamiento de los civiles; y porque de acuerdo con el segundo de los cánones citados, que consagra la garantía de la irretroactividad de la ley penal, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Infundado es este reparo de inconstitucionalidad en cuanto los decretos acusados se limitan a estatuir sobre el juzgamiento propiamente dicho, determinando el procedimiento y los Tribunales competentes, sin establecer, como en verdad no establecen, tribunales nuevos ni nuevas fórmulas procedimentales, sino atribuyendo simplemente a los Consejos Verbales de Guerra, Tribunales preexistentes en el Código de Justicia Penal Militar, el juzgamiento de todas las personas sindicadas por delitos definidos en ese Código y por el procedimiento establecido en el Título 9º de su Libro Segundo. Con apoyo en razones deducidas de la interpretación jurídica de la Carta y en reiteradas decisiones, ha concluido doctrinariamente la Corte que de las normas constitucionales que en materia de irretroactividad de la ley penal consagran los artículos 26 y 28 de la Carta, en caso de turbación del orden público y de estado de sitio pueden

dejar de operar y regir las que tocan con la determinación del procedimiento en los juicios y la competencia de los Tribunales. Las notorias diferencias de texto, como ya en otras ocasiones se ha advertido, no dejan duda de que en cada una de ellas se contempla una situación jurídica distinta: la del juzgamiento, comprensiva de los trámites procesales y del tribunal, a que inequívocamente se refiere el artículo 26 al decir: "Nadie puede ser juzgado..." y la de la penalidad, concerniente a la definición y castigo de los delitos, a que exclusivamente alude el artículo 28 cuando dice: "Nadie podrá ser penado...". Es de notar, además, desde el punto de vista de la discriminación que la Carta hace respecto de las garantías individuales para el tiempo de paz y el tiempo de guerra, que la última de las disposiciones precitadas estatuye expresamente que la garantía de la irretroactividad de la ley en materia de penalidad rige aún en tiempo de guerra, a la vez que el artículo 26 no impone lo mismo sino que se limita a establecer una regla ordinaria para el estado de normalidad constitucional. Estas diferencias sustanciales entre los dos aludidos preceptos de la Carta, discernibles con su simple lectura, justifican sobradamente la interpretación que de manera constante les asigna distinto grado de estabilidad a las garantías que ellas consagran, en el sentido de la posibilidad de ser afectadas legítimamente por el acrecimiento de las facultades presidenciales a consecuencia del estado de sitio, esto es, diferente funcionamiento dentro del régimen de la legalidad marcial. Este entendimiento de la Constitución en materia de la irretroactividad de la ley penal es, por otra parte, norma obligatoria por estar así fijado su sentido en la interpretación que con autoridad ha hecho el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, con el valor excepcional que le comunica la circunstancia de provenir del mismo legislador que redactó los textos constitucionales, a raíz de su expedición. Dice este artículo:

"La ley preexistente prefiere a la ley **ex-post facto** en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40", esto es, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

En la sentencia de junio de 1945, citada como antecedente jurisdiccional en este fallo, pueden

verse expuestos con más extensión, estos principios de derecho constitucional colombiano en que la Corte apoya la decisión que hoy profiere. Pero es que, además, en el caso de ahora, la constitucionalidad de los decretos que ordenan la convocatoria inmediata de Consejos de Guerra Verbales para el juzgamiento, por los trámites señalados en el título 9º del Libro 2º del Código Militar, de todas las personas sindicadas de delitos o infracciones a que se refiere ese Código, cometidos antes o después de la turbación del orden público, siempre que en el primer caso se trate de delitos conexos con los hechos que originaron la situación de emergencia, se funda no solamente en la expuesta interpretación doctrinal de la Carta, sino que halla respaldo también en expresas disposiciones de la Ley 3ª de 1945, citada en el preámbulo del primer decreto e invocada en el tercero de sus considerandos, cuyo imperio no atacado en acción de inexecutable, presta base suficiente a los aludidos ordenamientos decretales, cuya materia deja a la potestad discrecional del Gobierno. Tales disposiciones son los artículos que en seguida se copian:

"Artículo 7º.—Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los siguientes asuntos:

.....  
c) Contra los particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público, cometen alguno de los delitos señalados en este Código.

Artículo 122.—En caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o de turbación del orden público, se pueden convocar, a juicio del Gobierno, Consejo o Consejos de Guerra Verbales encargados de juzgar a los militares o particulares sindicados de delitos previstos en este Código y según las reglas que a continuación se expresan".

Se dice que los decretos acusados Nos. 1285 y 1406, del mes de abril del presente año, son inexecutable, por ser violatorios del Art. 28 de la Constitución Nacional, que determina que "aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado **ex-post facto**, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente"; y que como en los mencionados decretos, aunque no de manera directa, si implícitamente, se da a entender que a los particulares les son aplicables las leyes sobre penalidad militar, quebrantan dicha norma constitucional, porque los particulares no pudieron cometer infracciones de esa naturaleza con anterioridad a la expedición de los decretos sobre convo-

catoria de Consejos de Guerra Verbales, y que en tal evento, se les penaría por una ley **ex-post facto**, en la cual no se halla previsto el hecho ni determinada la pena correspondiente.

El artículo 170 de la Constitución Nacional expresa que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar; pero este fuero se consagra en lo referente a la defensa de las instituciones armadas, para reprimir aquellos actos que atenten contra su existencia, integridad y disciplina. Es en virtud de este fuero especial como los Tribunales Militares pueden actuar en forma rápida e inmediata y calificar el alcance y gravedad de hechos que atenten contra la existencia y fines de la institución o contra la existencia de la Nación y organización del Estado.

Pero en parte alguna se ha dicho que los Tribunales Militares no pueden en tiempos de **anormalidad** y cuando **existe un mandato expreso del legislador**, conocer y reprimir, de acuerdo con la Justicia Penal Militar, delitos cometidos por los particulares, que atenten contra la institución armada, o contra la existencia o seguridad del Estado, o aquellos que comprometen la paz y dignidad de la Nación, o delitos contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, siempre y cuando —se repite— que esos hechos se realicen en circunstancias de **anormalidad**, o sea, en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público. En estos casos, y cuando la ley expresamente vincula la realización del hecho a tales estados de anormalidad, los particulares pueden violar la ley Penal Militar.

Es claro que los particulares dentro de un régimen de normalidad, no de legalidad marcial, no pueden, en principio, violar las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, porque una cosa son los delitos militares, que solo pueden ser realizados por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y otra muy distinta los diversos delitos que define el Código Penal Militar, de los cuales pueden ser sujetos activos, no solo los militares en servicio activo, sino también los civiles al servicio de las Fuerzas Militares, al tenor del artículo 7º de la Ley 3ª de 1945, que amplió el radio de jurisdicción y atribuyó competencia a los Tribunales Militares para juzgarlos por infracciones previstas en el citado Código.

La Corte Suprema —Sala de Casación Penal— en providencia de 19 de septiembre de 1945, citada por el demandante y por la Procuraduría, al estudiar el caso concreto de Francisco Vargas Holguín (civil no al servicio de las Fuerzas Militares) a quien se sindicaba por violaciones de la ley Penal Militar, **en tiempos normales**, no de legalidad marcial, expresó:

“Para que exista delito militar, según lo dispone el artículo 140 del Código vigente, son indispensables estos elementos:

a) **Precepto normativo**: violación de la ley penal militar, Lb. III, Títulos II y XIV;

b) **Agente del delito**: militares en actividad y civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) **Actividad funcional**: que el delito se cometa por causa o con ocasión del servicio militar, o en ejercicio de funciones inherentes a él, y

d) **Lugar**: que en el sitio donde se cometió la infracción se hallen establecidas o actúen fuerzas militares.

En ausencia de algunos de estos requisitos, el delito militar no existe, porque la fuente de éste, o sea la ley, exige la concurrencia de todos ellos.

Con base en los elementos que integran este ilícito, puede decirse que delito militar es todo hecho que viola los principios normativos de la Justicia Penal Militar, cometido por militares en actividad o civiles al servicio de las fuerzas militares, con ocasión de tal servicio de las fuerzas militares) o por causas inherentes al mismo, en lugar donde se hallen o actúen fuerzas militares.

“De lo anterior se deduce, con suficiente claridad, que la jurisdicción y competencia de las entidades y funcionarios que administran la justicia Penal Militar, en manera alguna pueden extenderse a infracciones cometidas por civiles ajenos al servicio militar o por militares que no estén en actividad.

“Ciertamente es que las leyes que informan la justicia Penal Militar son especiales, y que como tales deben aplicarse de preferencia; pero el fuero militar creado por estas leyes, no puede hacerse extensivo a particulares que infringen la Ley Penal Militar.

“La jurisdicción militar no puede invadir, sin desnaturalizarse a sí misma, el campo de la jurisdicción ordinaria. La excepción, que en este caso es la Justicia Militar, no destruye el principio general, que es la Justicia común.

“La ley de Justicia Penal Militar no puede sustraer, de los jueces ordinarios, el conocimiento de

delitos comunes ejecutados por personas que no se hallan revestidas de fuero castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el **fuero militar** solo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. De aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los Títulos I y II de la Parte Especial de esta última obra....”.

Pero esta tesis doctrinaria o jurisprudencial aplicable a casos de normalidad, tiene su excepción, o sea cuando se está en presencia de un estado de anormalidad, previamente declarado o reconocido por un decreto de turbación del orden público, como más adelante se verá.

Ahora se pregunta: ¿pueden los particulares que no estaban al servicio de las Fuerzas Armadas ejecutar hechos previstos en el Código de Justicia Penal Militar?

Por regla general y dentro de un régimen de normalidad, los particulares no pueden violar la ley Penal Militar, es decir, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho violatorio de la ley penal, realizado por personas civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, es de jurisdicción y competencia de las autoridades comunes, y sus actos, por consiguiente, caen dentro de las sanciones del Código Penal Ordinario y no de la Ley Penal Militar.

Los hechos previstos como delitos en el Código de Justicia Militar, durante la vigencia de un estado de normalidad, solo pueden ser cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio y, dentro de ese mismo estado, los particulares al servicio de las Fuerzas Armadas, también pueden infringir las disposiciones de la Justicia Militar según lo dispone el artículo 140 de la Ley 3ª de 1945.

Pero esta regla general, como ya se vio tiene una excepción dentro de la cual los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, también pueden violar normas o preceptos contenidos en el Código de Justicia Penal Militar, ocurrencia que tiene lugar cuando la Nación está en presencia de un caso, no de normalidad, sino de legalidad marcial, configurada por una de estas circunstancias: que la Nación se encuentre en guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación del

orden público, siempre que ese hecho haya sido reconocido o declarado por el Gobierno mediante un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.

En estos casos, y a partir del Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Penal Militar, y, por consiguiente, los hechos que configuran esas violaciones pueden ser de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, no solo en lo que hace referencia a su juzgamiento sino también a la penalidad.

El principio anterior se halla consignado en diversas disposiciones de la Ley 3ª de 1945 —Código de Justicia Penal Militar— que es una ley preexistente (no **ex-post facto**), para los hechos cometidos por civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, cuando se está en presencia de una de las modalidades ya expresadas y siempre que, por otra parte, esa situación haya sido reconocida o declarada por el Gobierno, mediante el decreto de turbación total o parcial del orden público.

Dentro de este régimen de legalidad marcial, los Tribunales Militares tienen jurisdicción para juzgar a los “particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público, cometen alguno de los **delitos señalados en este Código**” dice el numeral c) del artículo 7º de la Ley 3ª de 1945. De manera que el legislador de 1945 estatuyó en forma expresa y sin ambigüedades que en tiempo de anormalidad los particulares sí pueden cometer alguno de los delitos señalados en el Código de Justicia Penal Militar, siempre que esas violaciones se realicen dentro de una de las modalidades previstas en la disposición citada y que el reconocimiento de ese estado, para el caso, se haga en virtud del decreto de turbación del orden público.

Y en el mismo artículo, en el numeral d) concreta los hechos que pueden ser cometidos por los particulares cuando se refiere a los delitos que comprometen la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación, o que afecten el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, Posteriormente, en cada título o capítulo que contempla las infracciones que pueden cometer los particulares, las subordina a una de las modalidades ya mencionadas, creando en esta forma un elemento especial y típico del delito, que vincula el acto a la existencia de un estado de anormalidad.

El artículo 122 de la Ley 3ª de 1945 dispone que “en caso de guerra exterior o interior, conflicto

armado o turbación total o parcial del orden público, se puede convocar, a juicio del Gobierno, Consejo o Consejos de Guerra Verbales encargados de juzgar a los Militares o **particulares sindicados de delitos** previstos en este Código". Y es lógico que las infracciones por las cuales se pueden sindicarse a los particulares, no pueden ser otras que aquellas que se realizaron a partir del decreto por el cual se declara turbado el orden público. Cuando estas circunstancias se cumplen, en relación con el hecho y su autor, mal puede decirse que la Ley 3ª de 1945 es una ley **ex-post facto** y que el particular que viola alguna de sus disposiciones no comete un delito previsto en ese Código.

Los decretos 1285 y 1406 de 21 y 30 de abril del presente año, no crean delitos, ni penas, ni jurisdicciones especiales; únicamente disponen el juzgamiento de las personas por delitos cometidos con ocasión de sucesos anormales ocurridos en el país.

En suma: la Corte estima que los particulares no son sancionables por la ley de Justicia Penal Militar por hechos anteriores al Decreto de turbación del orden público; pero el juzgamiento sí puede hacerse por Cortes Marciales, aunque los hechos delictuosos realizados por particulares sean anteriores a ese Decreto, esto es, los cometidos por causa de las circunstancias que originaron esa turbación o relacionados con los hechos que dieron origen a la misma.

En consecuencia, como los Decretos acusados no pugnan con las normas de los artículos 26, 28 y 121 y 170 de la Constitución Nacional, según lo que se deja expuesto, deben ser declarados **exequibles**.

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

#### Resuelve:

Son **exequibles** los Decretos Legislativos acusados, números 1285 y 1406 del mes de abril de 1948 en la parte que ha sido objeto de la presente acusación.

Cópiese, notifíquese, publíquese. Dése cuenta al señor Ministro de Justicia y al Estado Mayor del Ejército.

(Con salvamento de voto) **Hernán Salamanca**. — **Germán Alvarado**. — **Francisco Bruno**. — **Aní-**

**bal Cardoso Gaitán**. — **Pedro Castillo Pineda**. — **Luis A. Flórez**. — **Agustín Gómez Prada**. — **Jorge E. Gutiérrez Anzola**. — **Ricardo Hiestrosa Daza**. — **Ricardo Jordán Jiménez**. — **Alvaro Leal Morales**. — **Ramón Miranda** (con salvamento de voto). — **Gabriel Rodríguez Ramírez**. — **Domingo Sarasty M.** — **Eleuterio Serna**. — **Manuel José Vargas**. — **Pedro León Rincón**, Secretario.

#### OBSERVACIONES

El suscrito Magistrado, hace algunas observaciones para aclarar la posición asumida frente a la demanda de inexecutable de los decretos Legislativos números 1285 y 1406 de abril del presente año, con aquella, adoptada en la demanda de inexecutable de los Decretos Extraordinarios números 1640 y 1644 de 13 y 14 de julio de 1944, que lo llevaron a consignar su salvamento de voto de fecha 12 de junio de 1945.

En el fallo de la Corte de 12 de junio de 1945 se hicieron estas afirmaciones:

"Cuando se produjo el golpe de Pasto, el 10 de julio, existía ya el estado de guerra internacional, como se ha visto, y además, había operaciones de guerra inherentes a esa situación. De manera que los delitos por los cuales se juzgó a los rebeldes fueron ejecutados en la época en que tales operaciones se desarrollaban, aunque es lógico que su preparación debió ser anterior a los actos materiales que culminaron en la conmoción interna del 10 de julio y que determinaron la declaración de estado de sitio. En estas circunstancias, sería imposible desconocer que los delitos que debían juzgar los Consejos de Guerra Verbales, fueron cometidos en campaña, porque eso sería apartarse de la realidad de los hechos y darle a aquella expresión un significado ceñido enteramente a la literalidad, lo que no se compadece con la función que le corresponde al intérprete de la ley, ya que éste debe atender ante todo a la finalidad social de la norma".

Por no estar de acuerdo con las anteriores afirmaciones salvé mi voto y las razones pueden sintetizarse así:

En la fecha en que tuvieron ocurrencia los acontecimientos del 10 de julio de 1944, la Nación no se hallaba en estado de guerra internacional o exterior con ninguna potencia extranjera, existía sí,

la declaración unilateral de un estado de beligerancia, estado que jurídicamente no es, ni se confunde con el de guerra internacional.

Los delitos ejecutados el 10 de julio de 1944 no se cometieron en campaña, sino cuando se verificaban por miembros del Ejército unas maniobras militares, según lo decía el Decreto acusado. Si el término campaña en la Ley Castrense significaba todo el tiempo que en cada año están los ejércitos fuera de los cuarteles con sus enemigos, es decir, en operaciones de guerra; y si por otra parte el país no se hallaba en guerra con ninguna potencia extranjera, los hechos realizados en la fecha citada no se ejecutaron, no se cumplieron en campaña, sino cuando fuerzas armadas del ejército realizaban unas maniobras militares, para la instrucción de los cuerpos de tropa, para el adiestramiento del Comando de los Estados Mayores y de los servicios, y para conducir las unidades superiores en campaña y suplir sus necesidades, como claramente lo establecía la Ley 84 de 1943.

Porque la jurisdicción y competencia atendiendo a la época, circunstancias, y lugar en que se consumaron los delitos estaba atribuida por la ley a los Consejos Superiores de Guerra (artículo 27) y no a los Consejos Verbales de Guerra (artículo 104). Porque los Consejos Verbales de Guerra solo tenían jurisdicción y competencia para conocer, exclusivamente, de los delitos cometidos en campaña, y no de aquellos que se realizaran dentro de unas maniobras militares, y porque esos mismos Consejos Verbales de Guerra no tenían jurisdicción y competencia para juzgar a los particulares comprometidos en los sucesos del 10 de julio de 1944.

Porque el Decreto creaba un nuevo Tribunal para el juzgamiento de esos delitos, y porque en virtud de ese procedimiento se quitó a los Tribunales de la Justicia ordinaria (artículo 44 numeral 5º de la Ley 94 de 1938 vigente en ese entonces) la jurisdicción y competencia para revisar las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra Superiores, para atribuir las a la entidad denominada Consejos Verbales de Guerra mermándose en esta forma las garantías de defensa que tenían los acusados, no solo en relación con los trámites del juicio sino también en cuanto a los sistemas de defensa establecidos por la Ley, para reemplazarlos por un procedimiento breve y sumario.

de julio de 1944, se expidió la Ley 3ª de 1945, y en ella entre otras normas, se adoptaron los artículos 7º y 122 que hacen referencia no solo a los delitos y penas, sino también a las autoridades competentes para su juzgamiento.

En efecto: el artículo 7º en su numeral c) dice que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos cometidos por los "particulares que en tiempo de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público cometen alguno de los delitos señalados en el Código de Justicia Penal Militar", y el numeral d) indica a manera de ejemplo algunos delitos que pueden cometer los particulares, como aquellos que comprometen la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la Nación o que afecten el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado; es decir, hay una Ley preexistente que define el delito y determina la pena correspondiente. °

El artículo 122 establece que "en caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público, se puede convocar, a juicio del Gobierno, Consejo o Consejos de Guerra Verbales encargados de juzgar a los militares o particulares sindicados de delitos previstos en este Código y según las reglas que a continuación se expresan".

"Parágrafo.—Los mismos Consejos de Guerra Verbales conocen también, de las infracciones de que trata, el inciso anterior cometidas con anterioridad al estado de guerra, conflicto armado o de turbación del orden público y que tengan relación con los hechos que dieron origen a esa situación".

Determinados por medio de la Ley 3ª de 1945 no solo los hechos que configuran delitos, sino también los Tribunales competentes para juzgarlos, no puede afirmarse que a los particulares para el caso de ser juzgados se les aplica una ley **ex-post facto**, cuando esos hechos se cumplen en alguna de las modalidades determinadas por la misma ley.

Si no existiera la Ley 3ª de 1945 que determina los hechos, el procedimiento y los Tribunales competentes para juzgar a los civiles y militares que violan sus disposiciones, el suscrito Magistrado salvaría su voto como lo hizo en la demanda de inexecutable de los decretos 1640 y 1644 de 13 y 14 de junio de 1944.

## SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNAN SALAMANCA Y RAMON MIRANDA

En el proyecto de resolución que el primero de los suscritos, como Magistrado ponente, sometió a la consideración de la Sala, se condicionaba la declaración de exequibilidad de los decretos acusados a la interpretación que la Corte les daba en materia de penalidad; en el sentido de que a los particulares condenados por los Consejos de Guerra Verbales no se les podía sancionar con arreglo al Código de Justicia Penal Militar por hechos anteriores a la fecha de los decretos legislativos de que se trata, en que se amplió respecto a ellos, la jurisdicción de los Tribunales Militares extraordinarios. Aunque después de intensos debates fue derrotado tal punto de vista, insistimos en él, porque nos parece, a pesar de lo difícil que es tener razón contra la Corte, que él cifra, a la vez que un planteamiento más acertado de la cuestión sometida a decisión, la defensa de una de las garantías más preciosas que consagra la Constitución Nacional.

Nada objetamos a las conclusiones del fallo en materia de juzgamiento, punto en el cual la mayoría adoptó el estudio de la ponencia original. Nuestro disenso es en torno de la justicia aplicable a los civiles, porque en este particular, que estimamos materia grave de doctrina, no encontramos la misma situación de ajuste constitucional. Pensábamos que una interpretación autorizada y auténtica de la Corte podría dejar vivir en completa armonía con la Constitución los Decretos acusados; pero la mayoría, que al comienzo de la discusión acogió esta fórmula decisoria, la estimó después innecesaria y acabó sancionando una interpretación que en nuestro parecer deja una zona francamente inconstitucional en la aplicabilidad de los decretos acusados.

Es verdad que esta incongruencia constitucional no aparece de manera manifiesta en el texto de los decretos cuya inexecutable se ha demandado; pero es incuestionable que la forma equívoca de su redacción, como lo advierte el señor Procurador General de la Nación y como lo confirma lo que ha ocurrido en algunos casos, hace posible la aplicación de las leyes penales militares a los civiles por actos anteriores a su promulga-

ción. Se lee allí, en efecto, que los Consejos de Guerra Verbales juzgarán a **“todas las personas** sindicadas de delitos de fuga y evasión de presos, devastación, saqueo, hurto, robo y demás delitos e infracciones **a que se refiere el Código de Justicia Penal Militar**, cometidos antes o después de la turbación del orden público....”. Para el Gobierno, autor de los decretos en estudio, la cuestión en referencia es materia y problema de aplicación de la ley que corresponde a la exclusiva competencia de los jueces en cada caso concreto. El señor Ministro de Justicia, en comunicado oficial relativo a la carta pública en que la Procuraduría solicitaba una aclaración al respecto, dice: “El Ministro se complace en hacer constar que el señor Procurador General de la Nación está de acuerdo con lo que ha venido sosteniendo el Gobierno, cuando dice: “No hay inconveniente constitucional para que sean los Consejos de Guerra quienes apliquen el Código Penal Ordinario a los civiles”. Como ya se dijo, el Gobierno atribuyó a los Tribunales Militares el conocimiento y juzgamiento de los delitos cometidos por los particulares el 9 de abril y siguientes. Pero ni los decretos establecieron, ni el Ministro de Justicia lo ha dicho en parte alguna, que a los particulares se les deben aplicar las sanciones establecidas para los militares en el Código de Justicia Penal Militar. Se atribuyó a los Consejos de Guerra Verbales el conocimiento y juzgamiento de los delitos cometidos por los particulares, lo cual es cosa distinta. En cuanto a las penas, los jueces militares, en el momento de fallar, determinarán cuáles son las aplicables, de acuerdo con su criterio, con las normas consagradas en la Constitución y en las leyes y con los principios generales universalmente aceptados. El Gobierno no tenía por qué decir en los decretos si las leyes aplicables son las del Código Penal ordinario o las del Código Penal Militar: esto le compete exclusivamente a los jueces....”.

Consideramos nosotros que estas declaraciones del Ministerio de Justicia, de excepcional significación interpretativa, como es obvio, que oficialmente aceptan que los tribunales extraordinarios Militares pueden aplicar a particulares leyes pe-

nales *ex-post facto* daban campo y oportunidad a que la Corte usara su facultad, que también es obligación ineludible, de guardar la integridad de la Constitución Nacional. El adecuado y cabal ejercicio de ésta guarda, conlleva, en nuestro sentir, la potestad de interpretar con autoridad las leyes y decretos extraordinarios a fin de preservar eficazmente el estatuto fundamental, porque lo que en verdad guarda la Corte es el orden constitucional. Por eso en la labor intelectual que le corresponde en los juicios de inexequibilidad, lo primordial es buscar la armonización de la ley con los textos y principios de la Carta. Si la incongruencia en que se funda la demanda no es irremediable y se vincula solamente a una de las interpretaciones posibles de la ambigüedad de sus términos, la Corte cumple cabalmente su función conservando el imperio de la disposición acusada pero purificándolo de la posibilidad de llegar a ser inconstitucional, por medio de una interpretación auténtica que determine su sentido y su alcance. Si una de las aplicaciones posibles de una norma tiene una falla visible de inconstitucionalidad por atentar contra un precepto que funciona con plena eficacia aún dentro del estado de legalidad marcial, como es el caso en referencia, no es aceptable en manera alguna que se deje el imperio de la garantía individual de la Carta al libre criterio y a la posible equivocación de los jueces en la aplicación de la ley. De ningún juez, y menos de tribunales castrenses de emergencia que por razón de especialización de estudios y funciones de quienes los integran carecen naturalmente del adecuado dominio de la técnica jurídica.

No pugnan los decretos acusados con ninguna de las garantías que en punto de irretroactividad de la ley penal establece la Constitución, en el grado y eficacia distintos con que funcionan los artículos 26 y 28 dentro del régimen anormal de la llamada legalidad marcial, pero con el entendimiento de que los Consejos de Guerra Verbales no pueden sancionar a los civiles que no estuvieren al servicio de las Fuerzas Militares sino con arreglo al Código Penal común, que es la Ley preexistente respecto de ellos y de los hechos por los cuales se les juzga, en lo concerniente a la definición de delitos y señalamiento de penas. Con anterioridad a la fecha en que fueron expedidos los decretos de que se trata, los particulares que no estaban al servicio del Ejército, no podían, jurídicamente hablando, cometer delitos militares (artículo 170 de la Constitución Nacional), y por tanto, respecto de tales personas, no sometidas al fuero castrense,

que no es privilegio de benignidad sino precepto de severidad y rigor, no pueden estimarse como preexistentes las leyes que definen las infracciones militares y señalan las penas correspondientes. La preexistencia a que alude el artículo 28 de la Constitución Nacional no puede entenderse en el sentido físico de que exista con anterioridad un Código, sino en el estrictamente jurídico de la aplicabilidad de una ley a determinada persona antes de la ejecución del hecho inculminado. Inaplicabilidad de la ley penal equivale jurídicamente a inexistencia. La Sala de Casación Penal de la Corte, como Tribunal con jurisdicción militar, explicó y fundó admirablemente la doctrina de imposibilidad de que los particulares, ni siquiera los militares retirados, pueden infringir la ley penal militar. En defensa de esa tesis fue la Sala Penal hasta el prejuicio de inconstitucionalidad para las disposiciones del Código Penal Militar relativas a particulares. "La ley de Justicia Penal Militar —se lee en la decisión visible a página 503 del Tomo LIX de la *Gaceta Judicial*— no puede sustraer de los jueces ordinarios, el conocimiento de delitos comunes ejecutados por personas que no se hallan revestidas de fuero castrense, porque a ello se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el fuero militar sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. De aceptar la tesis contraria, se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los Títulos I y II de la parte especial de esta última obra...".

Pero es que esas tesis no son valederas sino en tiempo de normalidad, porque turbado el orden público automáticamente se amplía la órbita funcional del Código de Justicia Penal Militar sobre todos los particulares conforme a los artículos 79 y 122 de la Ley 3ª de 1945, explica la Corte en la anterior sentencia que suscribimos sin comprometer en ninguna forma nuestro voto, precisamente en este punto donde se concentra nuestra divergencia conceptual, porque consideramos que la explicación no es satisfactoria dentro del mecanismo jurídico que la misma Constitución establece para el estado de sitio. La declaratoria de turbación del orden público que el Presidente puede hacer en caso de guerra exterior o de conmoción interior no suspende ni altera por sí sola el imperio de la Constitución y de las leyes, ni las facultades ex-

traordinarias que mediante tal declaración requiere el gobierno sustituyen el régimen jurídico del país.

La turbación del orden público es el límite temporal que separa la normalidad de la anormalidad, en el sentido de que en ese momento nace la potestad para el Gobierno de actuar dentro de una órbita constitucional más dilatada, pero en ningún caso indeterminada o arbitraria; pero no es tal acto lo que determina por sí mismo, por su solo ministerio, automáticamente, la suspensión de ninguna de las garantías constitucionales ni el imperio de ninguna ley. El ejercicio de tal potestad solamente da lugar y oportunidad a que el Gobierno, por medio de decretos de carácter extraordinario, haga uso de su facultad transitoria y limitada de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio. En materia de garantías individuales el Gobierno no puede restringir sino las constitucionalmente restringibles y solo en la medida necesaria para restablecer la normalidad. Mientras el Gobierno no use de esa facultad de suspender las leyes, ya por declaración expresa o por virtud de contrario imperio con sus disposiciones decretales, el orden legal no puede considerarse alterado en forma alguna.

Por el solo hecho de que el Presidente haya usado de la facultad de declarar turbado el orden público, no se menoscaba el imperio de la prohibición del artículo 61 de la Carta de ejercer simultáneamente, por corporaciones o personas, la autoridad judicial y militar; es indispensable que esta garantía sea legítimamente mermada por efecto del uso de la facultad de dictar decretos legislativos y en la medida constitucionalmente autorizada. Parécenos advertir cierta inconsecuencia en aceptar la necesidad de un decreto extraordinario para justificar la ampliación jurisdiccional de los tribunales militares sobre los particulares y en considerarla innecesaria para la extensión de la inaplicabilidad a los mismos del Código Penal Mi-

litar, que también puede ser una consecuencia de la turbación del orden público, pero que al igual de todas las demás, no puede operar de manera automática, sino que es imprescindible que tal situación jurídica se cree por virtud del uso de la facultad extraordinaria del Gobierno para suspender el imperio de la Ley 95 de 1936, que es la ley colombiana aplicable a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan. Si a partir del decreto de turbación del orden, como lo entiende la Corte, todos los particulares quedamos bajo las sanciones del Código de Justicia Penal Militar, entonces los jueces, los propiamente tales, los técnicos especializados para la administración de justicia, no los eventuales o improvisados, entran en receso, su jurisdicción se vacía porque en sus manos queda inservible el Código Penal ordinario y ellos no pueden aplicar el Penal Militar. Esta solución es absurda porque subvierte el orden institucional de la República, como absurda resulta también la solución que conduzca a la aplicabilidad simultánea de dos Códigos diferentes. La verdad es que estas dos situaciones caóticas, esta imposibilidad de delictuales y penas que con anterioridad al decreto extraordinario no podían aplicarse por estar vigente la Ley 95 de 1936, en conformidad con la cual eran justiciables por los hechos aludidos.

La garantía constitucional que establece la irretroactividad de la ley penal en materia de definición de delitos y señalamiento de penas, no es susceptible de limitaciones y recortes en ninguna situación ni nunca, y está consignada en el artículo 28 de la Carta que dice:

"Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex-post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente".

Hernán Salamanca. — Ramón Miranda. — Pedro León Rincón, Secretario.



EXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 3º DE LA LÉY 7ª DE 1943  
SOBRE CONTROL DE ARRENDAMIENTOS

1.—Como el constituyente en el artículo 32 del Estatuto no expresa cómo ha de hacerse por mandato del legislador la intervención y tan solo señala los fines a que ella ha de subordinarse: racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, cualquiera medida que el legislador considere conveniente adoptar para lograr estos fines, cabe dentro de la norma constitucional, si realmente aquélla se dirige a conseguirlos.

2.—El cambio llevado a cabo por la reforma constitucional de 1945 en el artículo 28 de la de 1936, consistente en cambiar la expresión en aquél empleada de que el Estado podía intervenir “por medio de leyes” en la explotación de las industrias, por la otra que se encuentra en el artículo 32 de la actual codificación: “por mandato de la ley” tuvo en mira desvanecer la duda que había surgido de que toda la intervención correspondía hacerla a la ley, hasta en su detalle reglamentario. No obstante el cambio del artículo 28 de la Constitución de 1936 al 32 de la de 1945, es lo cierto que la intervención en lo esencial tiene que hacerla la ley, dejando a los reglamentos y a los otros actos del Gobierno su ejecución y el desarrollo del mandato intervencionista.

3.—Si para fines de intervención la ley concede una autorización al Ejecutivo como el Constituyente no quiere que en esta materia el Ejecutivo legisle, sustituyendo al Congreso, la autorización hay que entenderla conferida para que aquél complemente el ordenamiento legal, si lo estima necesario, pero sin salirse del campo señalado por el legislador.

4.—Al legislador le corresponde señalar los linderos que deben encerrar la órbita del Ejecutivo. Si no lo hace y simplemente autoriza al Gobierno a que intervenga en la explotación de una industria, para que se al-

cancen los fines previstos por la Constitución en su artículo 32, habrá dado una facultad al Gobierno trasladándole el poder que el Constituyente le otorgó, pero no habrá intervenido realmente por medio de sus propias decisiones.

5.—El “mandato de la ley” para intervenir en la explotación de las industrias debe ser tal que denuncie la voluntad clara del Congreso acerca de la intervención que quiere realizar, indicando su radio y sus límites, para que no tenga que fijarlos el Ejecutivo. Lo que no implica que la potestad reglamentaria no se pueda desenvolver con amplitud bastante para lograr los propósitos de intervención.

6.—El mandato del legislador al Ejecutivo para que fije el precio de los arrendamientos es, pues, claro, dentro de una interpretación racional del ordenamiento, y se halla limitado a lo que queda dicho: la fijación del valor de éstos. No se extiende a otros aspectos de la materia propia de los contratos de arrendamiento. Llevarlo más allá del control de los precios, significaría tanto como admitir que al Gobierno se le hubiesen dado poderes discrecionales, no determinados, y así no se habría fijado el radio de la intervención; o que se le hubiesen otorgado facultades extraordinarias respecto de los arrendamientos; hipótesis ambas que conducirían a una conclusión de inexecuibilidad de la ley acusada, en el párrafo del artículo 3º. Porque la intervención no puede hacerse a virtud de autorizaciones extraordinarias y porque la intervención debe ser ordenada por mandato legal que señale claramente el objeto de ella, su radio o alcance y el grado en que se ha de intervenir. La disposición acusada resulta constitucional tan solo como ordenamiento de intervención delimitado al control del precio de los arrendamientos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

En ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita el doctor Avelino Manotas que la Corte declare inexecutable por inconstitucional el parágrafo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943 que dice:

“Parágrafo.—Autorízase igualmente al Gobierno para dictar las medidas necesarias, a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos”.

La disposición acusada hace parte de la Ley que ya se indicó, “por la cual se dictan algunas disposiciones de carácter económico y se dan unas autorizaciones al Gobierno”.

El demandante acompaña a su solicitud un ejemplar del Diario Oficial debidamente autenticado, el número 2597, donde aparece publicada la Ley 7ª de 1943 objeto de la acusación.

#### Razones de la demanda

Considera su autor que la disposición cuya declaratoria de inexecutable reclama es contraria a la Constitución porque quebranta los artículos 55, 76, inciso 1º y numerales 1º, 2º y 12 y 80, numeral 2º del Estatuto Fundamental, por estas razones: porque el artículo 55 establece que el Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen facultades separadas y que una función atribuida al Congreso no puede ser ejercida por el Gobierno, ni viceversa; porque el artículo 76 dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes, es decir confiere a aquél la atribución privativa de dictarlas, y por consiguiente, si conforme al artículo 55, una función atribuida por la Constitución al Congreso no puede ser ejercida por el Gobierno, y si según el artículo 76 corresponde al Congreso y no al Gobierno, hacer las leyes, la disposición acusada viola tales preceptos, ya que confiere al Gobierno la facultad de legislar o sea la de expedir decretos-leyes sobre el contrato de arriendo; que como al Congreso le corresponde interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes y expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones, la disposición acusada viola los preceptos de los numerales 1º y 2º del artículo 76,

“toda vez que ella autoriza al Gobierno para dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de los arrendamientos, o sea para dictar medidas con fuerza legal suficiente para que dejen de regir y aplicarse las que regulan la materia del contrato de arriendo consignadas en los Códigos Civil y Judicial”; porque la disposición acusada viola el numeral 12 del artículo 76, pues confiere al Gobierno la facultad extraordinaria de legislar sobre el contrato de arriendo sin llenarse los requisitos exigidos por esa disposición; y porque se opone a lo dispuesto en el artículo 80, numeral 2º en relación con los numerales 2º y 3º del artículo 76 citado, ya que aquel establece, que las leyes a que se refiere no podrán ser dictadas o reformadas sino en virtud de proyectos de las respectivas comisiones permanentes de las Cámaras legislativas o de los Ministros del Despacho, y la disposición legal que se acusa se expidió sin el lleno de ese requisito en cuanto a su origen.

#### Concepto del señor Procurador

Este alto funcionario manifiesta a la Corte que en su concepto debe ella “declarar inexecutable el parágrafo acusado, en cuanto él implique concesión al Gobierno de facultades extraordinarias, es decir, de poder para modificar en alguna forma la legislación civil sobre arrendamientos”.

“En mi sentir, —dice— la reforma constitucional de 1945 significa que el legislador es el único órgano del poder público competente para decretar la intervención, por medio de una ley ordinaria, y que el Gobierno carece de facultad distinta a la de ejecutar la ley intervencionista, conservando, naturalmente, su potestad reglamentaria. Sobre esta base, conceptúo que el parágrafo acusado en cuanto signifique concesión de facultades extraordinarias, es inconstitucional por violar el artículo 4º del Acto Legislativo número 1 de 1945. Y si el parágrafo no otorga facultades extraordinarias es claro que no confiere al Gobierno el derecho de dictar decretos que tengan fuerza de leyes, es decir, capacidad para modificar, suspender, derogar, aclarar o interpretar las normas del Código Civil sobre el contrato de arrendamiento. Si el Congreso quiere intervenir en los arrendamientos fijando, cánones, modificando las disposiciones sobre duración del contrato, sobre restitución de la cosa arrendada, sobre deshaucio y lanzamiento, etc., tiene que dictar una ley tan completa, que el Gobierno solo tenga que reglamentar-

la en sus detalles, en uso de su potestad constitucional o de su deber de ejecutor sumiso de las leyes”.

Antes de entrar la Corte en el estudio concreto del caso sometido a su decisión, y para poder pronunciarse con mejor conocimiento, ha de detenerse en el estudio de la compleja cuestión jurídica de la intervención del Estado en las industrias, considerada a la luz de nuestro Estatuto Fundamental, porque del concepto que en el particular se adopte pueden deducirse consecuencias respecto a la naturaleza de las leyes intervencionistas, aplicables a la 7ª de 1943, artículo 3º, cuyo parágrafo se acusa de ser inconstitucional y por ende inexecutable. Tiene por consiguiente el presente fallo dos partes: la primera que comprende un estudio de carácter general sobre la intervención del Estado en las industrias y a la luz de la Carta fundamental, y la segunda que contiene el examen de la ley 7ª de 1943 y en particular de la disposición acusada, en relación con los principios y preceptos constitucionales pertinentes.

#### PRIMERA PARTE

##### Contenido de la norma constitucional sobre intervención del Estado en las industrias

##### 1) Consideraciones generales

##### a) Facultades de intervención y facultades extraordinarias *pro-tempore*.

El artículo 32 que consagra la intervención dice: “Artículo 32 de la Constitución. El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución. (Art. 4º del Acto Legislativo número 1º de 1945)”.

Para deducir con acierto cuál sea el contenido de este precepto y especialmente el carácter y extensión de las facultades que de conformidad con él le otorga al Congreso el constituyente es necesario detenerse en la consideración de varios aspectos que la cuestión presenta.

Si la función prevista en el artículo 32 de la Carta, de “intervenir en la explotación de indus-

trias o empresas públicas y privadas”, no puede ejercerse, como allí se previene, en uso de las facultades extraordinarias *pro-tempore* que conforme al artículo 76, numeral 12, otorga el Congreso al Presidente “cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”, es porque tal atribución es considerada por el constituyente como distinta y especial en relación con las que comprende el artículo 76. Cronológicamente fue primero en nuestro Estatuto Fundamental la atribución que consagra hoy el ordinal 12 del artículo 76, que la del artículo 32, pues aquélla venía desde la Constitución de 1886 (Artículo 76, ordinal 10) y pasó a la reforma de 1936 (Artículo 79, ordinal 9º), en tanto que el precepto constitucional sobre intervención del Estado en las industrias se expidió, primero en la forma del artículo 11 del Acto Legislativo número 1º de 1945, que es el 32 de la Constitución vigente. Medio siglo existió tan solo como atribución del Congreso la de revestir al Presidente, cuando la necesidad lo exigía o las conveniencias públicas lo aconsejaban, de facultades extraordinarias legislativas *pro-tempore*. De ese único medio podía el Estado valerse para que el Organo Ejecutivo, autorizado expresamente por el Congreso, afrontase estados difíciles para la economía pública o privada de la Nación. Con esas atribuciones el Ejecutivo podía y puede obrar más rápidamente y con más facilidad que el Legislativo en materias de suyo tan complejas que requerían y exigen una acción oportuna e inmediata, aconsejada por las circunstancias cambiantes que ofrecen los fenómenos económicos y sociales. El origen distinto de la norma que autoriza el otorgamiento de facultades extraordinarias *pro-tempore* y de la que consagra la intervención del Estado en las industrias, y la finalidad distinta de la una y la otra, así como el no poderse ejercer la última en uso de facultades extraordinarias, acusan características diferentes de las dos atribuciones. Las facultades previstas en el artículo 76, ordinal 12, son temporales, de plazo o duración predefinidos para ejercerse; las del artículo 32 son de duración no limitada. El Congreso juzga sobre la extensión que deba tener en el tiempo la norma que dicte para intervenir en la explotación de las industrias, y el Organo Ejecutivo somete su acción a los dictados de la ley.

No expresa el Estatuto cómo ha de hacerse por mandato del Legislador la intervención y tan solo señala los fines a que ella ha de subordinarse: racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y dar al trabajador la justa pro-

tección a que tiene derecho. Cualquiera medida que el Legislador considere conveniente adoptar para lograr esos fines; cabe dentro de la norma constitucional, si realmente aquélla se dirige a conseguirlos.

### Intervención "por medio de leyes" y "por mandato de la ley"

El art. 28 de la reforma constitucional de 1936 decía que el Estado podía intervenir "por medio de leyes" en la explotación de las industrias y la reforma de 1945 establece que puede hacerlo "por mandato de la ley". El cambio tuvo en mira aclarar la duda que el texto de la disposición de 1936 había hecho surgir y que dio base a interpretarlo en el sentido de que toda la intervención le correspondía a la ley, hasta en su detalle reglamentario.

No obstante el cambio del artículo 28 de la Constitución de 1936 al 32 de la de 1945, es lo cierto que la intervención en lo esencial tiene que hacerla la ley, dejando a los reglamentos y a los otros actos del Gobierno su ejecución y el desarrollo natural del mandato intervencionista.

Algunas consideraciones así lo demuestran.

Cuando dice el artículo 32 que la intervención no puede hacerse en uso de facultades extraordinarias, está expresando, como ya se vio, que la intervención ha de tener origen en una ley especial dictada para intervenir por mandato suyo. El mandato de intervención tiene que arrancar de la ley. El Constituyente quiere que la intervención no se haga por mandato de decretos o de decretos-leyes sino de leyes; por disposición legal y no por disposición puramente administrativa. Es claro que el cambio de la expresión "por medio de la ley" a la expresión "por mandato de la ley" indica el propósito de la reforma de que no se entendiese, como así se había entendido en algunos casos, que **toda la intervención** tenía que hacerla la ley, y que el reglamento no podía desarrollarla o ejecutarla. Pero al propio tiempo hay que atender a la voluntad del legislador que no quiso que la intervención se hiciese por decretos-leyes. Los decretos son siempre actos subordinados dentro de la jerarquía legal a un mandato superior que de ordinario es la ley y que en ocasiones puede ser un decreto-ley. Aún en el régimen de estos últimos, el decreto-ley es la norma más alta, el ordenamiento al cual debe ceñirse el decreto ordinario que lo desarrolle o ejecute. Si para fines de intervención la

ley concede una autorización al Ejecutivo, como el Constituyente no quiere que en esta materia el Ejecutivo legisle, sustituyendo al Congreso, la autorización hay que entenderla conferida para que aquél complemente el ordenamiento legal, si lo estima necesario pero sin salirse del campo señalado por el legislador. Si va más allá el Ejecutivo, legisla, y la Constitución desea que ello no ocurra tratándose de intervención del Estado en las industrias. El "mandato de la ley" para intervenir es el marco dentro del cual ha de obrar el Ejecutivo, y que debe ser claro y delimitado, pues de lo contrario se iría a la intervención por medio de facultades al Presidente, que es lo que el Constituyente no desea. Si el mandato no define y delimita la intervención, y al propio tiempo autoriza al Ejecutivo para que la realice, le da realmente facultades para que legisle, si se trata de expedir una disposición que no queda comprendida en el poder reglamentario de las leyes. El Gobierno puede y debe ejecutar el mandato legal tomando las medidas que crea necesarias para desarrollar el pensamiento del legislador. Al cumplir el mandato legal el Ejecutivo para realizar la intervención, obra por sus medios naturales que son los decretos, las resoluciones y las órdenes, pero lo hace dentro de ese mandato legal. Al legislador le corresponde señalar los linderos que deben encerrar la órbita del Ejecutivo. Si no lo hace y simplemente autoriza al Gobierno a que intervenga en la explotación de una industria, para que se alcancen los fines previstos por la Constitución en su artículo 32, habrá dado una facultad al Gobierno trasladándole el poder que el Constituyente le otorgó, pero no habrá intervenido realmente por medio de sus propias disposiciones. Tal vez haya fundamento para sustentar la otra interpretación como constitucional, por los términos que usa la Carta al decir que el Estado puede intervenir por "mandato de la ley", ya que una autorización de la ley es o puede ser un mandato legal aunque no delimite la intervención. Pero juzga la Corte que ese no es el sentido de la atribución conferida por el Constituyente al Congreso. El Constituyente quiso y lo declaró así expresamente que la intervención no se hiciera por el Gobierno a virtud de facultades extraordinarias, es decir, con poder bastante el Ejecutivo para reemplazar al Legislador en la expedición de las disposiciones ordenadas a intervenir en las industrias. Quiso el Constituyente que fuese el Congreso el que adoptase las medidas tocantes con la intervención; que ésta no se hiciese sino previo mandato legal, seguramente

porque no creyó conveniente dejar en el Ejecutivo la adopción de tan grave medida. Y si tal ordenamiento resulta del Estatuto, es porque quien lo pidió pensó sin duda que disposiciones tan trascendentales como son las que afectan o pueden afectar la estructura económica de la Nación, a través de la amplitud o de las restricciones a la libertad de industrias, debían discutirse y adoptarse por los representantes del pueblo en las Cámaras Legislativas.

El ejercicio de una facultad dada por la ley al Gobierno para realizar la intervención, sin agregarse nada sobre el campo en que deba desenvolverse, sobre su extensión y linderos, confiere al Ejecutivo un poder tan amplio como el que tendría si él mismo decretase y realizase la intervención a virtud de facultades extraordinarias, y ya se sabe que esa clase de intervención no la permite el Constituyente.

Por las anteriores consideraciones se llega razonablemente a deducir que el "mandato de la ley" para intervenir en la explotación de las industrias debe ser tal que denuncie la voluntad clara del Congreso acerca de la intervención que quiere realizar, indicando su radio y sus límites, para que no tenga que fijarlos el Ejecutivo. Lo que no implica que la potestad reglamentaria no se pueda desenvolver con amplitud bastante para lograr los propósitos de intervención.

## 2) Historia de la reforma de 1945

Parece conveniente traer aquí, como uno de los elementos de juicio que pudieran servir para fijar el contenido de la norma constitucional sobre intervención del Estado en las industrias, la historia de la reforma constitucional hecha al Estatuto en 1945, en el punto tocante con la materia de que aquí se trata. El criterio científico de la interpretación de las leyes concede la mayor importancia a la finalidad del precepto, antes que a la exégesis sobre su establecimiento; y ello es muy razonable y acertado porque las leyes deben entenderse en primer lugar como instrumentos capaces de producir los efectos benéficos que conllevan presumiblemente, en la hora de su aplicación, al contacto con la realidad en el momento en que operan, y no precisamente según el pensamiento muchas veces limitado, en relación con el futuro, que pudieron tener los legisladores al expedirlas. Con esta declaración, a modo de advertencia, pasa la Corte a investigar el origen de la reforma constitucional.

Como ya se expresó, el primer texto sobre intervención, expedido en 1936, decía que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, y disponía que las leyes que se dictasen en ejercicio de esta facultad requerían para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

En el proyecto de reforma el Gobierno sometió al Congreso la disposición tal como venía rigiendo desde 1936, pero sin la parte final que exigía la aprobación de las leyes intervencionistas con el voto favorable de la mayoría absoluta.

La comisión que estudió para segundo debate el proyecto de Acto Legislativo en la Cámara de Representantes explicó así el sentido de la reforma:

"El texto vigente relativo a la intervención del Estado en la economía privada, queda modificado de modo sustancial por medio de dos reformas, cuyo contenido puede resumirse así: En primer término, porque sin dejar de consignar el principio de que la competencia para intervenir en determinada industria, con mira a racionalizar una o varias de las etapas del proceso económico e industrial, corresponde privativamente al legislador, se permite que la acción del Gobierno en ejercicio de sus facultades reglamentarias pueda completar los principios generales consignados en la ley, y dictar todas las medidas —ya sean actos materiales o jurídicos— encaminadas a su debida ejecución. En el estado presente de las cosas, la intervención estatal para los fines previstos en la Constitución solo puede realizarse —de acuerdo con la expresión vigente— por medio de leyes, lo que llevó a la Corte Suprema de Justicia a interpretarla en el sentido de que es únicamente el Congreso el que puede determinar las medidas necesarias para realizar la intervención en las industrias, y no el Gobierno. Esta exégesis restrictiva de los textos ha creado un obstáculo insalvable para el desarrollo y aplicación del mandato constitucional, ya que es imposible para el legislador fijar los pormenores de todas las complejas regulaciones jurídicas que requiere un acto cualquiera de intervención en la vida económica. De ahí la fórmula "por mandato de la ley", que hemos adoptado, cuyo alcance es el de que el Congreso pueda señalar en cada caso en qué suerte de industrias o empresas privadas conviene al Estado intervenir, en cuál de los momentos del proceso económico va a hacerlo y en

qué debe realizarse la intervención, dejando al Gobierno su tarea propia de ejecutar el mandato. En otras palabras, el legislador únicamente consignará los lineamientos generales de la intervención, y al Ejecutivo corresponderán las reglamentaciones indispensables para hacerlas operar debidamente. En segundo lugar, se suprime la formalidad innecesaria de una mayoría especial (la absoluta de los miembros de una y otra Cámara) para dictar las disposiciones sobre intervención. En adelante, el Congreso ejercerá esta preciosísima función por medio de los procedimientos comunes, que son los únicos apropiados para la expedición de esta clase de normas, a las cuales, por su misma naturaleza, debe darse la mayor flexibilidad. Estas enmiendas, que consideramos esenciales, tienden a realizar el ideal democrático que cada día se acerca más a los principios de la economía dirigida, y a dejar atrás los viejos moldes de la escuela liberal”.

En el informe mayoritario de la Comisión del Senado que estudió el proyecto se lee:

“En el panorama de la vida moderna, la intervención económica del Estado es un postulado que afirman los pensadores; los políticos y los tratadistas de derecho público de todas las escuelas y de todas las tendencias sociales y filosóficas. Solo se discute —no ya como tesis académica sino como afirmación jurídica— el grado en que la intervención debe inscribirse como texto positivo en el derecho de los pueblos. En Colombia, desde 1936, la autonomía de la voluntad en el proceso industrial y en los rumbos de la riqueza privada, fueron postulados justamente sustituidos por los principios nuevos que permiten al Estado hacerse presente en todas las etapas del proceso económico para regular su ejercicio en provecho colectivo. A tales preceptos se les imprime ahora una modalidad nueva que los hace más operantes, en cuanto elimina la serie de obstáculos que la mentalidad de aquel año llevó innecesariamente a la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, el requisito de una mayoría especial para la expedición de las leyes de esta naturaleza, se suprime con el objeto de hacer más acelerado y efectivo el curso de los proyectos que se encaminen a realizar la intervención, que como obra del Congreso sólo debe contener las líneas generales que la fundamentan, dejando en manos del Gobierno su desarrollo y aplicación como ocurre con los demás estatutos legales, y de conformidad con la razón que más adelante se expresa. El texto del artículo 28 de la Constitución sufrió en la Cámara los siguientes

cambios: a) En el aparte 1º se dice que el Estado podrá intervenir en la explotación de las industrias por **mandato de la ley**, sustituyendo con esta expresión la que hoy se encuentra en el mentado artículo, o sea **por medio de leyes**; b) Se suprime el “parágrafo” conforme al cual las leyes sobre intervención requieren para su expedición el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara; y c) En vez de ese parágrafo se consagra en un nuevo inciso lo siguiente: “Esta función no podrá ejercerse en uso de facultades extraordinarias”. Vuestra comisión acogió, por justificadas y convenientes, las dos primeras modificaciones. En efecto, la fórmula “por mandato de la ley” resulta más amplia que la actual, muy especialmente si se tiene en cuenta la interpretación que a esta última le dio ya la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre la exequibilidad de la ley 125 de 1937. Para dicho alto tribunal la expresión “por medio de leyes”, hoy consagrada en la Carta, hace que el Acto Legislativo en que la intervención se ordena contenga de manera expresa no solo las normas generales determinantes del sentido, finalidad y alcance de la intervención decretada, sino todos y cada uno de los preceptos de procedimiento como haya de ejecutarse la ordenación legal. Encuentra vuestra comisión muy laudable, en presencia del antecedente anotado, que se elimine del texto constitucional una expresión cuyo significado ha dado ocasión a una doctrina tan inconveniente como la antes aludida; doctrina según la cual toda ley de intervención —para que resultara operante— necesitaría llevar en sí misma su propia reglamentación”.

En el informe minoritario de la Comisión del Senado se expresó lo siguiente:

“En el proyecto oficial se propone la modificación del artículo 28 de la Constitución para suprimir la condición de que las leyes intervencionistas requieren “para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”. No hay que olvidar que esta exigencia fue consagrada por el propio Constituyente de 1936, en atención a la gravedad que implica la intervención del Estado en las industrias o empresas públicas y privadas, como lo justifica el expositor Tulio Enrique Tascón. Sin embargo, el Gobierno juzga aconsejable suprimir la condición constitucional que somete las leyes de intervención a una votación excepcional de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, haciendo prácticamente inoperante la reforma de 1936,

según declaración del Presidente de la República. La Cámara de Representantes accedió a la supresión de esa exigencia excepcional respecto de las leyes de intervención, pero introdujo la siguiente restricción: "Esta función (la de intervención del Estado en las industrias o empresas públicas y privadas) no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 69, ordinal 12, de la Constitución". Esta modificación aprobada por la Cámara no fue aceptada por los miembros mayoritarios de la Comisión del Senado, quienes consideran que la intervención económica del Estado debe hacerse en forma permanente y total sobre las industrias o empresas públicas y privadas, lo cual justifica que ello puede cumplirse por el solo mandato de la ley ordinaria y aún por virtud de una ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo. Nosotros afirmamos, al contrario, que en atención a la gravedad y a la excepcionalidad de la intervención del Estado en la actividad económica de las industrias, tal función no puede ejercerse sino en virtud de leyes aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, y sin que ella pueda delegarse al ejecutivo en una ley de facultades extraordinarias. La facultad consagrada en el artículo 28 de la Constitución, expedido por el Congreso en 1936, es por sí sola excesiva y peligrosa, porque abre los caminos de una intervención en todas las actividades particulares, con grave riesgo de la riqueza privada. La llamada economía dirigida suplanta el interés individual, siempre alerta y dispuesto a emplear los medios más adecuados para el incremento y la prosperidad de la producción, distribución y consumo de la riqueza. No desconocemos que hay momentos excepcionales en que por graves y notorios fines de utilidad pública e interés social el Estado debe intervenir en las industrias para suplir deficiencias y corregir y enmendar situaciones anormales que al interés privado no le es dado controlar ni remediar por quedar fuera de la (sic) órbita de acción. Pero esta acción del Estado en la vida económica es meramente supletoria y excepcional, y en manera alguna directiva, permanente y total. De lo contrario, por el camino del intervencionismo de Estado se llega necesariamente a un totalitarismo contrario a nuestra organización democrática, suprimiendo y ahogando la iniciativa individual y contrariándola hasta producir trastornos mayores que los que se trata de evitar. Por el ejercicio del socialismo de Estado desaparece completamente la libertad económica. Y ejercer la intervención del Estado por medio de facultades extraordinarias al

Ejecutivo, es todavía más peligroso y desatentado. El abuso del Ejecutivo, de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Ejecutivo en los últimos años, nos está indicando claramente la importancia de esta observación. Por estas razones pedimos que se mantenga la restricción consagrada en el parágrafo del artículo 28 de la Carta, y la modificación procedente de la Cámara de Representantes".

(Las frases transcritas de los informes de las comisiones del Congreso se toman de "La reforma constitucional en el Congreso". (Imprenta Nacional, 1945).

El examen de los antecedentes de la reforma de 1945 pone de manifiesto, por lo que aparece de las transcripciones que preceden, que el proyecto sometido al Congreso por el Gobierno contenía el texto de la disposición que venía rigiendo desde 1936, pero sin el parágrafo que disponía la aprobación de las leyes intervencionistas con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras Legislativas. Al estudiar el proyecto la Comisión respectiva de la Cámara de Representantes lo modificó para cambiar la expresión "por medio de leyes" por la expresión "por mandato de la ley", explicando que ello se hacía para acabar con una interpretación inconveniente que al texto de 1936 se le había dado, conforme a la cual la ley intervencionista debía contener pormenorizadamente las medidas necesarias para realizar la intervención, no quedando nada que hacer al Gobierno como reglamentación de ella. Anota la Comisión que de acuerdo con la fórmula "por mandato de la ley", el Congreso señala en qué suerte de industrias o empresas privadas conviene al Estado intervenir, en cuál de los momentos del proceso económico va a hacerlo y **en qué grado debe realizarse la intervención**, dejando al Gobierno su tarea propia de ejecutar el mandato. La Comisión mayoritaria del Senado expresa que la ley de intervención solo debe contener **las líneas generales que la fundamenten**, dejando en manos del Gobierno su desarrollo y aplicación, **como ocurre con los demás estatutos legales**. (Se subraya).

Dedúcese de estos antecedentes constitucionales que la reforma de 1945 se propuso destacar en toda su amplitud el radio de acción del Ejecutivo en el proceso de la intervención del Estado en las industrias, para que no se llegase al extremo de entender que la ley debía fijar pormenorizadamente y en detalle las medidas sobre intervención, quitándole al Gobierno, por así decirlo, su potestad reglamentaria. Pero aparece claro al propio tiem-

po el concepto de los constituyentes de que al legislador le incumbe declarar en qué industrias interviene el Estado, el momento en que lo hace dentro de las varias etapas de su desarrollo, y el grado en que debe realizarse la intervención.

### 3) El fallo de la Corte en 1939

Como las comisiones de las Cámaras Legislativas que estudiaron la reforma constitucional de 1945 aludieron en sus informes a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexecutable varias disposiciones de la ley 125 de 1937, sobre intervención en la industria del banano, y tal fallo sirvió de motivo para el cambio que se hizo en el texto de la norma que establece la intervención del Estado, es conveniente observar cómo la Corte al dar esa decisión, adoptada por siete votos afirmativos y cinco negativos, estimó sin embargo unánimemente que las leyes de intervención debían contener las bases esenciales para realizarla, la indicación de los medios para llevarla a efecto, sin perjuicio de la función propia a la reglamentación de la misma ley; y que la providencia se produjo con salvamentos de voto precisamente porque hubo entre los Magistrados diversa apreciación sobre el carácter de la ley de 1937, ya que unos estimaron que la ley no contenía los ordenamientos esenciales a la intervención, y otros Magistrados pensaron que en la ley sí se señalaban en forma conveniente esos fundamentos intervencionistas.

El artículo 1º de la ley 125 de 1937 decía: "Artículo 1º—En desarrollo del artículo 28 de la Constitución, la explotación tanto de la industria del banano como de las empresas relacionadas con ella debe efectuarse en forma que garantice: a) La producción de frutos adecuados para la exportación; b) La igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos; c) Precios que remuneren equitativamente la producción teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior; d) Sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera. Pertenecen al orden público estas finalidades. En consecuencia el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno".

La sentencia de la Corte comentó así el artículo transcrito: "Esta disposición desarrolla los fines

principales de la intervención, pero se nota en ella la falta de preceptos esenciales que regulen las actividades del Estado en la materia. Decir que el desarrollo de la industria del banano debe garantizar "la producción de frutos adecuados para la exportación" y "precios que remuneren equitativamente la producción, teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior", no es ciertamente trazar las normas legales para la intervención en una industria de suyo complicada, por la precisión de tiempo que debe haber en el corte, embarque y venta de la fruta que se exporta. Tener la expedición de esos postulados imprecisos como el cumplimiento de la función correspondiente al Órgano Legislativo en relación con la industria del banano, sería lo mismo que aceptar que el Congreso en la ley comentada se hubiera limitado a reproducir el texto constitucional para dejar todo lo demás al Ejecutivo. Tampoco puede aceptarse que la justa protección a que tiene derecho el trabajador conforme al artículo 28 de la Constitución, quede suficientemente delineada y fijada en los postulados del artículo 1º de la ley 125, que dice que la industria del banano debe garantizar "la igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos" y "sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera". Estas cuestiones requieren indudablemente normas legales más explícitas....".

El salvamento de voto a la sentencia se expresa así:

"La acción gubernamental tiene su pauta obligatoria en los objetivos de la intervención concretamente señalados en la ley, lo mismo que en las condiciones, también precisamente determinadas, en que ha de cumplirse. El artículo 1º de la ley 125 constituye un todo armónico e indivisible, que bien considerado no da base a los reparos que en la sentencia se le formulan. En su primera parte y en desarrollo de la facultad que otorga el artículo 28 de la Constitución Nacional, se determinan en la forma que corresponde a la ley, las normas generales y los objetivos precisos que deben realizarse con la intervención. En la parte final advierte que pertenecen al orden público estas finalidades, lo mismo que en el artículo 4º y añade que, en consecuencia, el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno. Los dos extremos están fuertemente ligados por vínculo de consecuencia, esto es, en relación de

causa a efecto. Allí no hay ninguna extensión del poder reglamentario que normal y automáticamente corresponde al Ejecutivo, ni delegación alguna de funciones primordiales del Organó Legislativo". (Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, pág. 610 a 640).

Esta última parte del salvamento de voto y lo escrito del fallo dan la demostración de lo que se afirma al principio del presente acápite, o sea, que la discrepancia entre los Magistrados de la Corte al proferir la sentencia de 1943 se produjo por una diferencia de apreciación respecto al carácter de la ley de intervención en la industria del banano, y no por el concepto, que fue unánime entre todos los miembros de la Corporación, acerca de la necesidad constitucional de que la ley intervencionista señale los fundamentos precisos de la intervención y su radio para que dentro de éste se desenvuelva la función ejecutiva y reglamentaria. El salvamento de voto considera que en la ley de 1937 no hay extensión del poder reglamentario que corresponde normalmente al Ejecutivo, ni delegación de funciones primordiales del Legislativo.

#### 4) Doctrina que resulta del examen hecho en los capítulos precedentes

Se dijo en las "consideraciones generales" que el "mandato de la ley" para intervenir en la explotación de las industrias debe ser tal que denuncie la voluntad clara del Congreso acerca de la intervención que quiere realizar, indicando su radio y sus límites, para que no tenga que fijarlos el Ejecutivo. Como razón principal para llegar a esta deducción se expresó la de que el ejercicio de una facultad dada por la ley al Gobierno para realizar la intervención, sin señalarse el campo en que deba desenvolverse, conferiría al Ejecutivo un poder tan amplio como el que tendría si él mismo decretase y realizase la intervención a virtud de facultades extraordinarias, y esto último lo prohíbe de modo expreso el Constituyente.

No es necesario entrar aquí en el estudio del tema tan ampliamente tratado por los expositores de derecho y en la doctrina de las sentencias, sobre lo que es la potestad reglamentaria de las leyes por el Ejecutivo, para deducir de ese estudio o examen si una ley intervencionista viola el Estatuto fundamental cuando deja al Gobierno una parte de la función intervencionista para que la ejecute por medio de reglamento.

No hay que olvidar que el estatuto sobre intervención se modificó para darle amplitud a la acción ejecutiva en orden a realizar aquélla, y que nuestra Carta establece, no precisamente la separación sino la coordinación de los varios órganos del poder para alcanzar los fines propios del Estado. Ha de verse qué dispone el precepto legal sobre intervención, porque a él será necesario subordinar el concepto que en esta materia se tenga o adopte; sin que haya que acudir a la aplicación de nociones científicas referentes a la naturaleza de la potestad reglamentaria. Se vio ya cómo el Constituyente quiso ampliar el radio que de acuerdo con la norma de 1936 se consideró estrecho y limitativo de los poderes del Gobierno en su función intervencionista, que llegaba por interpretación del precepto, y según se entendió en el Congreso, hasta negarle la facultad común de reglamentación de la ley, para pasar en 1945 a un sistema en que la norma legal sienta las bases de la intervención, fija su alcance y la medida o el grado en que debe realizarse, y deja lo demás a la función ejecutiva y reglamentaria. El "mandato legal" de intervención obliga al Gobierno. Pero él puede y debe desarrollarlo, tomando las medidas que crea necesarias para desenvolver el pensamiento del legislador, usando para ello de su potestad reglamentaria y realizando por medio de actos jurídicos o materiales, el propósito buscado por aquél, siempre que al hacerlo no extralimite el radio señalado concretamente por la ley a la intervención.

## SEGUNDA PARTE

### LA LEY 7ª DE 1943. — LA DISPOSICION ACUSADA.

#### 1) Examen general de la ley. — Facultades extraordinarias, ordinarias y de intervención

La ley 7ª de 1943 "por la cual se dictan algunas disposiciones de carácter económico y se dan unas autorizaciones al Gobierno" es una ley mixta en lo que mira a las facultades que ella otorga al Gobierno o al Presidente de la República. Se expidió a virtud de la iniciativa del Gobierno, que sometió a la consideración del Congreso un proyecto que contenía disposiciones sobre varias materias: control de precios de artículos de primera necesidad; fomento de las cooperativas de producción, distribución y consumo de artículos alimenticios;

reglamentación del control de cambios y exportaciones; creación de la Comisión de la Defensa Económica Nacional; nombramiento de delegados presidenciales para intervenir en algunos aspectos de la administración; emisión de bonos de la deuda interna nacional, y sobre bienes de extranjeros.

La ley en que cristalizó el proyecto relacionado otorga al Presidente de la República o al Gobierno autorizaciones ordinarias y extraordinarias y de intervención en las industrias. Los artículos 6º, en su párrafo; 12; 13, en su párrafo; 18 y 19 revisten al Presidente de la República de facultades extraordinarias para los objetos que en esas disposiciones se indican. La misma ley, en otro artículo faculta al Gobierno, sin tiempo fijó, para que adopte medidas de control encaminadas a señalar precios máximos y mínimos de venta de artículos de primera necesidad (viveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares), y las sanciones para la efectividad de tales medidas (artículo 2º); para hacer importaciones con el fin de evitar especulaciones (artículo 3º); para dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos (párrafo del mismo artículo); para fundar o subvencionar cooperativas de producción, distribución y consumo de productos alimenticios (artículo 4º); para fijar la remuneración de los miembros de la Comisión de la Defensa Económica Nacional (artículo 10); para hacer una nueva emisión de bonos de la deuda interna nacional (artículo 13).

En una misma ley se dan pues autorizaciones ordinarias administrativas, autorizaciones legislativas en virtud de facultades extraordinarias **pro tempore** y disposiciones de intervención en las industrias. La ley aparece firmada por el Presidente de la República y todos sus Ministros menos el de Educación Nacional.

## 2) Los textos legales de intervención y la constitucionalidad del precepto acusado

Concretando el examen de la ley a los textos suyos sobre intervención del Estado en las industrias, entre ellos el que se refiere al control en los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos, se observa que tal disposición hace parte del artículo 3º y para mejor inteligencia de aquel se copian en seguida esos textos, así:

“Artículo 1º—No podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera nece-

sidad para el consumo del pueblo. Se entiende como artículos de primera necesidad los viveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares. Artículo 2º—El Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley, y así podrá fijar: los precios máximos de venta o los mínimos en los distintos mercados del país, de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios. Artículo 3º—Cuando el Gobierno lo considere necesario, para evitar indebidas especulaciones, podrá ejecutar importaciones directamente o por medio de contratos, en los cuales se asegure un precio equitativo para los artículos objeto de la importación. Se exceptúa de esta autorización la importación de productos agrícolas. Párrafo.—Autorízase igualmente al Gobierno para dictar las **medidas necesarias**, a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos”.

Para la debida inteligencia de la disposición contenida en el Párrafo del artículo 3º no debe pasarse por alto la circunstancia de hallarse colocada esa norma dentro de las otras de la ley que declaran la intervención y facultan al Gobierno en el particular. Por eso hay necesidad de examinar en conjunto las disposiciones intervencionistas que contiene la ley, no para expresar algo en relación con las que no se refieren al control de arrendamientos, sino para precisar por la relación en que están la una y las otras, el sentido de la que es materia de la acusación en este juicio.

El artículo 1º de la ley establece que no pueden ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad, y señala como tales los viveres, drogas y mercancías; y luego el segundo dice que el Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue la ley. El Párrafo del artículo 3º autoriza “igualmente” al Gobierno para dictar las **medidas necesarias** para establecer el control de los arrendamientos. No se dice aquí cuáles medidas, como sí se señalan algunas tratándose de los artículos de primera necesidad, donde se dispone que podrá el Gobierno fijar los precios máximos o mínimos de venta en los distintos mercados. Pero por la colocación del ordenamiento contenido en el Párrafo, en seguida del artículo segundo, que trata del control en artículos de pri-

mera necesidad, y por el sentido del mandato, se infiere que al autorizar igualmente al Gobierno —en el Parágrafo del artículo 3º— para **dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de los arrendamientos**, es porque considera el Legislador que ese control es igualmente esencial para evitar que el arrendamiento de las habitaciones y locales urbanos sea objeto de indebidas especulaciones, colocando este caso en el mismo plano de los previstos y que así califica y trata en los artículos 1º y 2º. Quiere esto decir que la ley desea que haya control del Gobierno en artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo y en el arrendamiento de habitaciones y locales urbanos, con el fin de evitar especulaciones. Ese deseo del Congreso aparece expresado, entre otros antecedentes de la ley, en el siguiente pasaje del informe de minoría de la Comisión que estudió el proyecto en la Cámara de Representantes: “En cuanto al control de los arrendamientos, iniciativa que no estaba en el proyecto original y que fue introducida por el Honorable Representante Mesa Villa, comprendemos claramente que el esfuerzo para detener la inflación queda complementado con este empeño, porque el canon de arrendamiento es un factor muy importante en el conjunto de gastos de un consumidor. Aunque bien sabemos que son abundantes los recursos que existen para hacer inoperante esta medida, y aunque comprendemos que ella puede afectar el desarrollo de las construcciones, **hemos convenido en aceptarla para que el Gobierno ensaye una regulación de precios**, por lo menos en aquellas regiones del país en que se note un aumento considerable en el valor de los arrendamientos”.

No dice de modo expreso la ley, en el parágrafo sobre control de arrendamientos, qué medidas podrá dictar el Gobierno para realizarlo; pero al expresar que autoriza al Gobierno para dictar “las medidas necesarias”, y por la relación estrecha de este parágrafo con las otras disposiciones sobre control de artículos de primera necesidad, donde expresamente se dice que una de las medidas del control será la de fijar los precios en los distintos mercados, y por la naturaleza del mandato intervencionista, debe entenderse que el Gobierno se halla capacitado para fijar los precios de los arrendamientos. Obsérvese que la ley fue expedida “para que el Gobierno ensaye una regulación de precios... en el valor de los arrendamientos”. El mandato del legislador al Ejecutivo para que fije el precio de los arrendamientos es pues claro, dentro de una interpretación racional del ordenamien-

to, y se halla limitado a lo que queda dicho: la fijación del valor de éstos. No se extiende a otros aspectos de la materia propia de los contratos de arrendamiento. Llevarlo más allá del control de los precios, significaría tanto como admitir que al Gobierno se le hubiesen dado poderes discrecionales, no determinados, y así no se habría fijado el radio de la intervención; o que se le hubiesen otorgado facultades extraordinarias respecto de los arrendamientos; hipótesis ambas que conducirían a una conclusión de inexecutable de la ley acusada, en el parágrafo del artículo 3º. Porque la intervención no puede hacerse a virtud de autorizaciones extraordinarias y porque la intervención debe ser ordenada por mandato legal que señale claramente el objeto de ella, su radio o alcance y el grado en que se ha de intervenir. La disposición acusada resulta constitucional tan solo como ordenamiento de intervención delimitado al control del precio de los arrendamientos.

No está demás anotar que el ordenamiento es genéricamente igual con respecto al control de arrendamientos y al de artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo, y que aunque el parágrafo del artículo 3º se vale de la expresión “autorizase igualmente al Gobierno”, lo que da a entender que acerca del control de precios de artículos de primera necesidad también “se autoriza” al Ejecutivo, no debe verse en uno y otro caso sino la reiteración del poder implícito reglamentario del mandato legal intervencionista, constitucionalmente idéntico a la facultad reglamentaria y de ejecución general de las leyes; la que en ocasiones destaca o hace notoria el legislador, sin que ello agregue nada a la atribución que va envuelta siempre en toda ley, de poder reglamentarla y de realizar en su cumplimiento los actos jurídicos y materiales necesarios al logro del propósito buscado por el estatuto legal.

Es oportuno expresar aquí que el control del precio de los arrendamientos, así como el de los víveres y artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo, se hacen aplicando el ordenamiento constitucional del artículo 32 de la Carta, que le permite al Estado intervenir por mandato de la ley en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas. Este precepto no es solo relativo a las industrias, sino que comprende también a las empresas privadas y públicas. El término **empresa** fue definido por el legislador (artículo 6º ley 64 de 1946) diciendo que es “toda unidad de explota-

ción económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica". "Se llama **empresario** en el lenguaje usual, dijo la Corte, Sala de Casación Civil, G. J. T. 48, pág. 29, el que toma por su cuenta algún negocio o actividad, poniendo su capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria". En un sentido lato **empresa** es pues cualquier actividad económica en cuanto depende de una persona. Hay actividades o empresas para la producción de artículos alimenticios, de manufacturas, de construcción, etc. Así entendido el significado de la palabra **empresa**, con la comprensión que permite darle el texto constitucional, resulta claro que si el arrendamiento de un inmueble urbano no cupiera dentro del concepto de industria, si se hallaría comprendido dentro del de empresa, como actividad humana aplicada a la explotación económica de la riqueza inmueble. No es necesario agregar otras razones para admitir que el artículo 32 del Estatuto es aplicable a la intervención del Estado en el control del precio de los arrendamientos.

Se halla por tanto el intérprete —en el caso presente la Corte— a presencia de un mandato intervencionista que satisface las exigencias constitucionales, porque contiene un ordenamiento claro del Congreso de llevar a efecto una intervención sobre control en el precio de los arrendamientos para impedir la especulación indebida, y delimitado en su radio y en su finalidad, pues no abarca otros propósitos distintos del de evitar especulaciones, ni otros puntos respecto del arrendamiento diferentes al control de sus precios.

En desacuerdo la Corte con la demanda y con el concepto del señor Procurador General de la Nación, al estimar que la disposición acusada es inexecutable por contraria al Estatuto, en cuanto implica concesión al Gobierno de facultades extraordinarias para modificar la legislación civil sobre arrendamientos, considera que el párrafo del artículo 3º de la ley 7ª de 1943 entendido como lo entiende la Sala Plena, se amolda a las exigencias que el Estatuto fundamental previene respecto de los ordenamientos legales de intervención. El mandato legal de que aquí se trata no se otorgó **pro tempore**, por tiempo limitado, sino que es de carácter permanente, y ello solo es bastante pa-

ra que aparezca claro que no envuelve una autorización de facultades extraordinarias de las contempladas por el numeral 12 del artículo 76 de la Carta. La facultad consignada en el párrafo acusado es por su índole de intervención, de las que permite el artículo 32 de la Carta, pues se confiere para que actuando el Estado por sus varios órganos realice el equilibrio económico que haga racional el aprovechamiento de la riqueza que se crea y moviliza por el esfuerzo humano aplicado a proveer a los habitantes de las poblaciones de habitaciones y locales urbanos. Y porque el mandato legal ha de verse conferido concreto y delimitado a la acción del Gobierno sobre los precios de los arrendamientos.

El párrafo acusado no viola la Constitución, en sus artículos 55 y 76, porque estas normas que señalan funciones separadas al Congreso y al Gobierno, hay que contemplarlas teniendo en cuenta la del artículo 32 que consagra la intervención del Estado en las industrias. Y no quebranta tampoco el artículo 80 numeral 2º porque la ley 7ª de 1943 tuvo origen, de acuerdo con ese precepto, en una modificación a un proyecto presentado al Congreso por el Ministro de Hacienda.

#### Fallo

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara executable el párrafo del artículo 3º de la ley 7ª de 1943, con el alcance que tiene según se expresa en la parte motiva de este fallo.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministro de Justicia, y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Alejandro Camacho Latorre. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Angel Martín Vásquez. — Luis Eduardo Gacharná, Conjuez. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Eleuterio Serna R. — Domingo Sarasty. Arturo Tapias Pilonieta, Conjuez. — Pedro León Rincón, Secretario.

## SALA DE CASACION CIVIL

## REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de junio de 1947 en que el Tribunal Superior de Pereira confirmó en segunda instancia la que en la primera dictó el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá el 24 de junio de 1946 en el juicio ordinario de Mariana Villate contra Bonifacio Rojas iniciado en demanda de 9 de febrero de 1944 que luégo se extendió a Pedro Pablo López, una vez fallado en favor de Rojas el incidente de excepciones dilatorias a que dio lugar su afirmación de no ser el poseedor actual de la finca La Estrella, materia del pleito. Desde luego se advierte que, habiendo cedido sus derechos la Villate a Jesús A. Restrepo L. en escritura de 1º de marzo de 1945, los contendores han quedado siendo éste como actor y como reo López.

Con costas a su favor en ambas instancias, las citadas sentencias han sido favorables a la parte actora. López es el recurrente en casación, por medio de su abogado.

**Antecedentes:**

Ante el Notario 2º de Calarcá se otorgaron el 3 de febrero de 1938 las escrituras números 77 y 79, por medio de las cuales respectivamente López compró a Rojas y vendió a la Villate aquella finca.

En seguida demandó Rojas a López y la Villate en reivindicación de tal inmueble e invalidación de esos contratos por simulados. Ganó en primera instancia, en fallo de 13 de junio de 1941, porque el Juez encontró probada la simulación y vio en López un testafarro y en esas compraventas un fraude a la ley por encaminadas a violar la prohibición legal de este contrato entre cónyuges, dado que lo son entre sí Rojas y la Villate. Pero el Tribunal Superior revocó esa sentencia en la de 30 de enero de 1943, y si bien contra ésta se interpuso casación, la Corte declaró desierto el recurso en providencia de 5 de octubre de ese año; de manera que ambas compraventas quedaron en firme.

Al comenzar el año siguiente la Villate entabló el presente juicio, ganado por ella en ambas instancias. Coincidió con esta nueva demanda el otorgamiento de la escritura número 78, en dicha Notaría el 2 de febrero de 1944, en que Rojas dice vender a López las mejoras de La Estrella. López contestó oponiéndose y aduciendo esta compra que le da derecho al pago de sus mejoras y a retenerlas entre tanto.

La demanda de casación acusa de error de derecho y de error de hecho evidente en la apreciación de ciertas pruebas que señala, así como en la apreciación de la respuesta de la demanda, y de quebranto consecuencial de los artículos 1759, 1618, 1621, 1622, 739, 764, 768, 769, 964, 965, 966 y 1757 del C. C., 472, 593, 601 y 697 del C. J., y 22, 23 y 12 de la ley 200 de 1936, todo ello porque, según ahora dice el apogado recurrente, López no se opuso a la demanda en sí, sino que se ha limitado a defender lo que considera mejoras suyas, por lo cual, ni es poseedor de mala fe ni litigante temerario.

De ahí que cierre su demanda de casación con estas palabras que limitan sus actuales pretensiones: "Por lo anteriormente expuesto suplico de esa Suprema Corte que se case la sentencia del Tribunal de Pereira de fecha 26 de junio de 1947, motivo de este recurso, y que en su lugar se resuelva que Pedro Pablo López es poseedor de buena fe y que como tal tiene derecho a que se le paguen las mejoras que adquirió por compra a Bonifacio Rojas, lo mismo que las que él personalmente plantó en el terreno y que, como no hizo oposición temeraria, no puede ser condenado en costas".

**Se considera:**

Como la clave de la acusación está en los errores de apreciación antedichos, lo indicado es indagar ante todo si en ellos incurrió el Tribunal.

El de apreciación de la contestación de la demanda lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal la toma por oposición total a la demanda misma, a pesar de haberse circunscrito a las mejoras compradas a Rojas en 1944 y a las pues-

tas después por el mismo López, quien solo ha exigido se le reconozcan y paguen con derecho de retenerlas, por ser distintas de las contratadas en 1938.

Efectivamente, él ha hablado detenidamente de estas mejoras que dice posteriores a 1938 y de su derecho de retenerlas hasta que se le paguen; de suerte que, de paso sea dicho, no ha encontrado la Sala que sea el caso de considerar si la acción de la Villate debiera haber sido la que el C. J. establece en su artículo 887 en favor del comprador cuando el vendedor falta a la obligación de entregarle materialmente lo vendido, en vez de la reivindicatoria.

Pero no es menos cierto que López al contestar la demanda no se limitó a esa exigencia, sino que negó la acción misma a la demandante, insistiendo en que el título aducido por ella es simulado y excepcionando de pleito pendiente. Es de informarse que a la sazón cursaba otro pleito al respecto de la simulación incoado por López contra la Villate en que ésta triunfó en el Juzgado de Calarcá en sentencia de 20 de marzo de 1945 y en la del Tribunal de Pereira de 15 de mayo de 1946, según se ve en la de la Corte que negó la casación el 18 de junio de 1947 (G. J. Tomo LXII, págs. 457 a 460).

A mayor abundamiento, para no aceptar el cargo de error en la interpretación de esa respuesta de López a la demanda inicial del presente juicio, basta transcribir esta frase suya: "Me opongo abiertamente a que se hagan las declaraciones solicitadas". (Cdn. 1º, fol. 15 v.).

Las pruebas basadas erróneamente al decir del recurrente son la escritura citada de 1944, las declaraciones de los testigos interrogados a petición de él y la inspección ocular, todo por no haber reconocido el Tribunal que López se limitó a pedir pago y retención de lo que llama sus mejoras, distintas de las contratadas en las citadas compraventas de 1938.

Esas escrituras de 3 de febrero de 1938 se expresan determinando el objeto de cada compraventa en estos términos: "El derecho de dominio que el exponente vendedor tiene en un lote de terreno con mejoras consistentes en casa de habitación y cultivos de café, pastos artificiales y rastrojos, denominado La Estrella, ubicado en el paraje de El Cedral, jurisdicción municipal de Génova, alindado....".

La escritura de 2 de febrero de 1944 dice que Rojas vende a López "el derecho de dominio, disfrute y posesión que el exponente tiene en unas

mejoras agrícolas denominadas La Estrella, ubicadas en el paraje de El Cedral, jurisdicción del Municipio de Génova (Caldas); consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátano, cultivos transitorios, etc., pastos, monte y secaderos de café, alindado así el terreno que las contiene...". Agrega Rojas en el mismo instrumento (Cdn. 3º, fol. 7 v.): "que adquirió derechos en las expresadas mejoras por haberlas plantado a sus propias expensas y con su trabajo personal y estarlas poseyendo y disfrutando desde varios años sin interrupción, cuyo derecho le fue reconocido por el Juzgado Civil de este circuito en sentencia proferida el 13 de junio de 1942, dentro del juicio ordinario reivindicatorio que el exponente inició contra la señora Mariana Villate".

Esta transcripción pone en evidencia la identidad entre lo que Rojas vendió a López y éste a la Villate en 1938 y lo que vendió al mismo López en la escritura de 1944 que se acaba de transcribir en lo pertinente, en lo que respecta a las mejoras.

No sobra advertir que esa sentencia del Juzgado de 1942 que Rojas cita había sido revocada ya por la del Tribunal de 1943, año en que, desierto el recurso de casación, está última quedó ejecutoriada.

No sobra advertir, asimismo, que ni sobre linderos ni sobre identidad de la finca han discutido las partes y que, además, esa identidad resulta de la confrontación de las dichas alindaciones y también se estableció en inspecciones oculares.

Los testigos cuyas declaraciones da por erróneamente apreciadas el recurrente afirman que por años Rojas administró La Estrella y de sus manos pasó a las de López, hechos no negados por la Villate; pero no indican cuáles sean las mejoras puestas por ellos.

Cuanto a la prueba de inspección ocular, se observa que varias diligencias de esta clase se practicaron, como se ve en los cuadernos 5º, 6º y 9º. En aquél (fol. 29 v.) se lee el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular de 21 de septiembre de 1945, que en lo pertinente dice: "...las mejoras de casa de habitación, plantaciones de café, plátano, árboles de sombrío, pastos, etc., por el aspecto y desarrollo físico, estado de conservación de ellas, conceptuamos que fueron hechas y plantadas antes del año de 1938, siendo por consiguiente las mismas mejoras de que habla la escritura de venta hecha por Pedro P. López a Mariana Villate, distinguida con el número 79, de fecha 3 de febrero de 1938, a aceptación de una media cuadra que está sembrada de

yuca y café con una edad menor de un año aproximado. Aclaremos que el número de árboles de café de un año aproximado es de doscientos cincuenta y el número de matas de yuca de ocho meses aproximadamente es de quinientas”.

Si para el 21 de septiembre de 1945 la mayor antigüedad de mejoras puestas por López era un año, bien se ve que las plantó a sabiendas de que ya cursaba este pleito, porque el memorial-poder presentado por él personalmente al Juzgado de la causa para su representación en ella así lo persuade, pues la fecha de presentación es el 21 de marzo de 1944 (Cdn. 1º, fol. 13).

Si esto sucede respecto de las mejoras puestas por López y si de las que compró a Rojas en la escritura de 1944 ya queda visto que por declaración de este instrumento son las mismas vendidas a la Villate en 1939, no se comprende cómo López atribuya error al Tribunal en la apreciación de estas pruebas.

Y si todos los cargos de error resultan infundados, no puede prosperar el cargo de violación de las citadas disposiciones legales nacida de ese error. Sin la causa no se produce el efecto.

Invoca el recurrente también el motivo 2º del artículo 520 del C. J. Para que prosperara habría sido preciso que el Tribunal hubiera fallado sobre algo no puesto *sub judice* o absteniéndose de fallar sobre algo que sí lo está. Nada de esto ocurre, puesto que, sea que se estime la demanda como la reivindicación de la finca misma, tal como se en-

tabló inicialmente contra Rojas y se extendió después a López, sea que se mire hacia la contienda como limitada a las mejoras que éste dice ser suyas, tal como él pretende se considere ahora, ello es que la sentencia reconoce el dominio de la parte demandante y decreta lo pedido en el libelo y que contiene especial declaración sobre esas precisas mejoras. Nada dejó de decidir, a nada contenido se extendió.

No prosperan, pues, los cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia, lo que indica que no se la invalida. Pero no hay costas en el recurso, porque en él la parte opositora no se presentó, no hizo gestión alguna.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este juicio el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas en el recurso, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Con salvamento de voto, Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hines-trosa Daza. — Con salvamento de voto, Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS PEDRO CASTILLO PINEDA Y ALVARO LEAL MORALES**

Nos hemos visto precisados a salvar nuestro voto en la adopción del fallo que antecede por nuestra discrepancia con lo afirmado por la mayoría de la Sala en el siguiente aparte: "... no ha encontrado la Sala que sea el caso de considerar si la acción de la Villate debiera haber sido la que el C. J. establece en su artículo 887 en favor del comprador cuando el vendedor falta a la obligación de entregarle materialmente lo vendido, en vez de la reivindicatoria".

En este juicio se ventila una acción de dominio destinada en realidad a que el vendedor le entregue al comprador la cosa materia del contrato, lo cual nos parece inadmisibles porque como el causahabiente no tiene más dominio que el que le ha cedido el causante, una disputa entre ellos sobre el referido derecho es improcedente; en efecto: respecto del derecho perpetuo de propiedad transmitido a título de compraventa hay identidad jurídica entre los contratantes pues ninguno de los dos puede enfrentar al otro dominio mayor, mejor o diferente del que ha cedido al otro o recibido de él.

Nos ha parecido no suficientemente meditado considerar que no es el caso de averiguar si la vía escogida por el actor es o no aceptable; esa investigación siempre es del caso aunque no medie el grave problema de derecho sustancial que dejamos planteado, sino apenas el interrogante procesal; respecto de esto la Corte en multitud de oportunidades ha subrayado la falla insubsanable que afecta el juicio tramitado con desconocimiento de sus formas propias; para no citar sino la última decisión al respecto aludimos al auto publicado en el Tomo LXIII, pág. 95 de la G. J.

Creemos que al preconizar una teoría jurídica destinada a formar en el país doctrina probable, ha de tenerse luego la cautela de no introducirle de hecho excepciones que no imponga la naturaleza de los fenómenos; que dejar sin aplicación

doctrinariamente justificada en determinados casos un concepto jurisprudencial emitido como noción que generalmente ha de seguirse, puede abrir paso a la arbitrariedad por el desconcierto intelectual que apareja.

Pensamos que por no ser fácilmente inteligible una acción de dominio del comprador contra el vendedor, la única vía del primero para lograr la entrega es la especial que le señala el artículo 887 del C. J. y que al admitirle otra senda se contrarían reiteradas doctrinas de la Sala, sin que pueda saberse cuál es el fundamento de ese antagonismo ocasional; consecuencia de ello es que una controversia adelantada por cauces anómalos venga a disfrutar del recurso de casación al cual jamás habría llegado si sus ritualidades progresivas se hubieran ceñido a la ley.

Parece que el fallo atribuye grande importancia a la alegación del demandado acerca de unas mejoras a cuyo reconocimiento aspira, y que por ella juzga inoperante el examen de si la vía escogida por el actor es o no regular; consideramos equivocado ese planteamiento porque desplaza el juicio de los términos en que lo ubicó el demandante y equivale, por tanto, a admitir que las diferentes posiciones que las partes asumen durante el trámite influyen en el tipo de procedimiento (especial u ordinario) lo que a nuestro entender quebranta gravemente la estructura constitucional del proceso civil.

Consideramos que la Sala no debió admitir el recurso de casación que culmina en este fallo, y que, al admitirlo erradamente, ha debido abstenerse de solucionarlo siguiendo constantes antecedentes sobre el particular.

Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y ocho.

**Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales.**  
**Pedro León Rincón, secretario en propiedad.**

## REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez)

El 18 de diciembre de 1913, por escritura No. 1012 de la Notaría 1ª de Cali, Juan María Lazo transmitió a título de permuta a Juan Antonio Rojas una finca de campo situada en el punto de La Paila, adquirida por él mediante escrituras públicas otorgadas en 1891 y 1912, recibiendo de Rojas, en cambio, una casa de adobe y bareque, cubierta de tejas de barro, con su terreno y solar, situada en Cali en la esquina de la calle 7ª y la carrera 13, distinguida con el No. 114 de dicha calle. Después de haber declarado los permutantes "que cada uno se desapodera desde esta fecha de la posesión, dominio y de todo derecho que le corresponda en la finca que permúta para transmitirlo en favor del otro, pues no se reservan nada", el otorgante Lazo hizo constar, al fin de la escritura, "que la casa que recibe en permuta por esta escritura la adquiere única y exclusivamente para su esposa señora María Nieves Larrahondo de Lazo y por lo tanto sólo ella tendrá derecho a disponer de tal propiedad".

Aduciendo esa escritura María Larrahondo v. de Lazo demandó ante el Juzgado Segundo del Circuito de Cali, el 13 de noviembre de 1939, a Dolores Torres v. de Hoyos, Clemencia Hoyos de Vido, Margarita Hoyos de González y Martiniano Nieva, para que se declarara que le pertenece la mencionada casa y su terreno y solar, que los demandados deben restituírle separadamente la casa y las tres porciones de terreno que integraban la finca y que hoy ocupan los demandados, tres de ellos con edificaciones de reciente construcción, y que todos ellos deben pagarle los frutos naturales y civiles que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el inmueble en su poder, desde la fecha en que dejó de poseerlo hasta la restitución.

El apoderado de la demandante corrigió después la demanda en el sentido de dirigirla contra An-

gela o María de los Angeles Urresta, en la parte correspondiente, en vez del señor Martiniano Nieva, a quien había demandado por una mala información, pues no era ocupante de la parte del inmueble que de él reivindicaba. La nueva demandada opuso las excepciones dilatorias de ilegitimidad de la personería del apoderado demandante y la de inepta demanda, y como el Juzgado las declaró probadas, quedó exonerada de dar contestación a la demanda y libre del pleito.

El Juzgado lo falló el 25 de septiembre de 1943: haciendo las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda, con excepción de la relativa a Martiniano Nieva, sustituido después por Angela Urresta.

Por apelación del apoderado de las demandadas Hoyos, conoció del asunto el Tribunal Superior de Cali, quien puso fin a la segunda instancia con la sentencia que profirió el 18 de diciembre de 1946 en que revoca la sentencia del Juzgado y en su lugar declara probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido. Sin costas contra la demandante.

El Tribunal dice en primer lugar que no comparte la opinión de que la demandante hubiera adquirido, se entiende que exclusivamente, el dominio del inmueble reivindicado, por virtud de una estipulación para otro regulada por el artículo 1506 del C. C., porque conforme al artículo 1781, nura. 5ª, "el inmueble que Lazo recibió por virtud de ese contrato (de permuta) entró a hacer parte del haber de la sociedad conyugal, aun cuando lo hubiera realmente adquirido su esposa por la mera constancia que dejó Lazo en el instrumento que contiene el contrato". En segundo lugar, se reafirma el Tribunal en que la adquisición del inmueble la realizó la sociedad conyugal porque la constancia de Lazo, conforme al artículo 1795 "es una donación revocable porque la confesión de uno de los cónyuges o de ambos carece de valor para determinar la pertenencia del bien a que alude la demanda".

,Contra el fallo del Tribunal interpone el apoderado de la demandante recurso de casación en que aduce la causal primera del artículo 520 del C. J. fundándola en estos cargos:

1º—Violación de los artículos 596 del C. J., 346, 347, 396, 398, 399 del C. C., 1º, 8º y 18 de la Ley 92 de 1938, 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 de 1887, todos por infracción directa, a excepción del citado artículo 346 el cual fue indebidamente aplicado. La razón del cargo es que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho dando por probado el matrimonio de Lazo con María Nieves Larrahondo, que no existió ni ha existido; y también en error de derecho al estimar como prueba de ese supuesto matrimonio la confesión implícita de Lazo en la escritura de permuta.

2º—Violación directa del artículo 180 y aplicación indebida de los artículos 1781, num. 5º, 1805, 1806 y 1795 del C. C. a consecuencia de los errores que acaban de enunciarse.

3º—Falta de aplicación, y por tanto infracción directa, de los artículos 1506, 669, 673, 740, 745, 756, 765, 946, 947, 952, 962 y 965, del C. C., porque no obstante haber adquirido la demandante el dominio del inmueble reivindicable, por la estipulación que para ella hizo Lazo en la constancia y por el registro posterior de la escritura que contenía esa constancia, el Tribunal le desconoció su derecho de propiedad, su acción reivindicatoria, a pesar de que los demandados no le habían opuesto título alguno.

Para resolver el recurso, la Sala considera:

Toda la demanda de casación está basada en el error de hecho y en el de derecho que acusa el recurrente y que la Corte no encuentra demostrado, como pasa a explicarlo.

La constancia de Lazo al fin de la escritura de permuta fue otorgada por él a favor de "su esposa señora María Nieves Larrahondo de Lazo", lo que es una afirmación de que era casado con ella.

Por su parte la demandante se ha presentado ante la justicia, en este proceso, como María Nieves Larrahondo v. de Juan María Lasso (o Lazo) lo que hace inferir rectamente que fue casada con él y por eso, indudablemente ella lo llama esposo y marido en el poder que confirió para el pleito y en la demanda con que ella misma lo inició. De manera que el recurrente al alegar que ese matrimonio no existió varía los términos en que fue propuesta la controversia por su poderdante, lo que es inadmisibles después de la notificación del llamamiento de la causa a pruebas, en primera instancia, y se pone en contradicción el mismo apo-

derado con las declaraciones y actitudes de su propia parte. Todo esto hace ver que no puede encontrarse en los autos de este juicio la evidencia contraria al hecho del matrimonio que implican las declaraciones acordes de la demandante y el otorgante de la constancia, y que supuso el Tribunal al hacer sus razonamientos sobre la propiedad del inmueble que es objeto de la reivindicación.

No tuvo necesidad el Tribunal de entrar en la valoración de la constancia de Lazo en favor de su esposa la señora Larrahondo de Lazo y por consiguiente no tuvo ocasión de incurrir en error de derecho en la estimación de la afirmación del estado civil del otorgante y de la persona a quien pretendió favorecer. El sentenciador de segunda instancia razonó sobre las bases que le dio la demandante y sobre el rótulo que adujo para probarlas, como no podía menos de hacerlo para dictar su fallo; ahora bien, entre esas bases está la constancia de Lazo en favor de su esposa, aducida en el hecho 2º y que se encuentra en la escritura número 1012, acompañada a la demanda, y la afirmación de que la demandante es la viuda de Lazo, pues éste fue su esposo o su marido, hechos que no fueron discutidos por la parte demandada, luego el Tribunal podía, en el examen previo y provisional, a que estaba obligado, sobre la procedencia de la pretensión a la luz de la ley, suponiendo la certeza de los hechos invocados, sacar la consecuencia jurídica de que esa pretensión era infundada porque en virtud del título aducido y aun con la constancia unilateral del contratante Lazo, la adquisición de la casa y solar había sido realizada por la sociedad conyugal que tenía con María Nieves Larrahondo y no por ésta, particular y exclusivamente.

Para mostrar cómo son ilógicos y contraproducentes los cargos del recurrente basta notar que si su parte, la demandante, no fue casada con Juan María Lazo, no sería legítima su personería, por más que lleve el nombre de María Nieves Larrahondo y que se diga viuda de Lazo porque la constancia que éste dejó en la parte final de la escritura de permuta, fue en favor no simplemente de una persona que llevara este nombre, sino de "su esposa la señora María Nieves Larrahondo de Lazo", lo que implica que además de llamarse así estuviera casada con el permutante autor de la constancia.

Como no se demostraron los errores denunciados en la demanda de casación en sustentación de los

cargos o motivos de la causal alegada, no puede deducirse aplicación indebida de las disposiciones citadas en el numeral 2º del resumen anterior, y quedando en firme que esas disposiciones eran las aplicables en la decisión del caso, hay que concluir que no hubo falta de aplicación de las enumeradas en el numeral 3º del mismo resumen.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali el die-

ciocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Se condena al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

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

**Gabriel Rodríguez Ramírez.** — **Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.



## REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 7 de noviembre de 1947 que decidió en segunda instancia el presente pleito ordinario seguido en la primera en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá y fallado allí el 9 de julio de ese año. Son partes: Mercedes García de Bernal como demandante y Mercedes Cifuentes como demandada.

Los hechos fundamentales se resumen así: la demandante se casó el 24 de junio de 1905 con Joaquín Bernal, quien murió el 31 de agosto de 1946. Por escritura de 24 de agosto de 1927 y de 4 de enero de 1929 éste compró en cada una una tercera parte de la hacienda "El Boyero" ubicada en Sopó. Habiendo adquirido después la otra tercera parte, constituyó con la Cifuentes y los señores Joaquín Vergara Zapata y José María Ortega en escritura de 6 de junio de 1938 la Sociedad "El Boyero S. A.", a la que aquél aportó toda la finca; y según escritura de 26 de octubre de 1945, Bernal y la Cifuentes, dueños también de las acciones de los otros socios, declararon disuelta la sociedad y la liquidaron en forma de cubrir el haber de Bernal con el usufructo vitalicio de dicha finca y el de la Cifuentes con la nuda propiedad de la misma y con los semovientes y herramientas.

Basándose en el concepto de que lo antedicho sobre esta sociedad fue una maniobra encaminada a despojarla de sus derechos en el haber de la sociedad conyugal y en que el marido no podía vender por sí solo los bienes que eran sociales al entrar a regir la Ley 28 de 1932; la señora García de Bernal entabló la demanda inicial de este juicio en que pide se declare que la sociedad conyugal es dueña de las aludidas dos terceras partes de "El Boyero" y que se condene a la Cifuentes a entregárselas con todos sus accesorios y a pagarle sus frutos a partir de la muerte de Bernal y las costas, obrando la actora en representación de

esa sociedad conyugal disuelta con la muerte de su marido y aún ilíquida. Demanda para la sociedad conyugal y dirige su acción contra la Cifuentes como actual poseedor.

El Juzgado decretó lo pedido, salvo la condena en costas. Apelada su sentencia por la demandada, el Tribunal la revocó y pronunció absolución, sin costas. Para esto se fundó el Tribunal sencillamente en la Ley 68 de 1946, que esta misma declara interpretativa de la 28 de 1932 y que, en esta forma, dispuso o previno discusiones sobre conservación por el marido de las facultades que se habían creído suprimidas por la Ley 28. Válidas, pues, las transferencias, desde este punto de vista, no cabía desconocer el título invocado por la Cifuentes.

El abogado en casación no formula cargos a esos respetos, no invoca el motivo primero del artículo 520 del C. J., ni entra en el fondo. Su acusación aduce los motivos 2º y 6º, procedentes ambos de un mismo hecho, cual es el de que la demanda inicial no se formuló advirtiendo en su encabezamiento que la poderdante del abogado que la presentó se llama Mercedes García viuda de Bernal, sino que allí simplemente la designa Mercedes García de Bernal; de manera —dice— que como la interesada no es Mercedes García, cual si fuese soltera, ni Mercedes de Bernal simplemente, como si aún viviese su marido, el apoderado no obró en representación de la viuda de Joaquín Bernal y socio de la sociedad conyugal disuelta con la muerte de este señor; de suerte que tal viuda no es la persona por quien el apoderado ha obrado en el juicio y éste adolece, con la consiguiente falta de personería, de nulidad, a tiempo que por igual razón la sentencia adolece de la inconsonancia constitutiva del citado motivo 2º.

En el poder que ella confirió para incoar el pleito figura expresamente como Mercedes García viuda de Bernal y a la demanda se acompañaron las actas de matrimonio y de defunción de Bernal. La intención o parte petitoria de la demanda, así como sus hechos fundamentales no dejan la menor duda sobre que es Mercedes García viuda de Bernal la persona con cuyo mandato y en cuyo nombre ese abogado entabla el pleito, en cuyo desarro-

llo, inclusive los alegatos de ambas instancias, se partió de este evidente supuesto. A todo lo largo de ellas no se encuentra la menor objeción sobre la identidad personal de la demandante.

Así las cosas, es del todo inaceptable la negación que al respecto presenta el recurrente como fundamento de sus cargos, los que, por ende, son inadmisibles.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

fecha el siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hines-trosa Daza. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

## ACCION REIVINDICATORIA

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

(Magistrado ponente: doctor Gabriel Rodríguez Ramírez)

En octubre de 1940 Faustino Mora demandó ante el Juzgado Tercero del Circuito de Cali, a Ernesto y María Alvear y a los hijos de Encarnación Alvear, llamados Marco, Julio, Ligia, Neftalí, Irma, Rafael y Daniel Alvear, para que se declarara que Mora es dueño del terreno y mejoras que le fueron adjudicados en la casa números 17-27, 17-23, 17-21 y 17-13 de la carrera 3ª de la ciudad de Cali, en el juicio de división material de esa finca, protocolizado en octubre de 1939; y para que se condenara a los demandados a entregarle el inmueble y a pagarle solidariamente los frutos desde que se registró la división, el 10 de octubre de 1939, y en subsidio desde la notificación de la demanda.

Según el libelo, la razón de esta demanda es que terminada la comunidad sobre la casa por la partición material, el demandante solicitó la entrega de su parte a los Alvear quienes habían continuado poseyendo la totalidad del predio, contra su voluntad, sin haber obtenido la entrega respectiva.

Los demandados se opusieron a la acción, negaron o dijeron no constarles los hechos y alegaron excepciones. Ernesto dijo que no había poseído la casa como comunero sino como dueño y señor, a ciencia y paciencia de Mora, por más de treinta años continuos, posesión que había ejercitado en compañía de todos sus demás familiares, excepto el demandante, no solo sobre el lote objeto de la demanda sino sobre todo el inmueble, por lo cual alegaba la prescripción adquisitiva extraordinaria. María también alegó que había poseído la casa no como comunera, sino como dueña y señora, por más de treinta años, y propuso las excepciones de prescripción adquisitiva extraordinaria, prescripción de la acción, nulidad de la división material, carencia de acción y petición antes de tiempo o de un modo indebido.

Julio e Irma Alvear dijeron que Faustino Mora, el demandante, también poseía el inmueble, pues

arrendaba piezas de la casa, y la segunda añadió que no era ocupante ni poseedora de la cuota reivindicada, y que oponía las excepciones de nulidad del juicio divisorio, de la división y su sentencia aprobatoria, carencia de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. Neftalí alegó nulidad del juicio divisorio y petición antes de tiempo, y el curador de los ausentes Marco, Ligia, Rafael y Daniel Alvear opuso la nulidad de la partición material.

El Juez del conocimiento decidió en definitiva que no estaban probadas las excepciones y que absolvía a los demandados de los cargos de la demanda. La decisión fue revisada por el Tribunal Superior de Cali, a virtud de apelación que contra ella interpuso el apoderado del demandante. El fallo de segunda instancia, dictado el 22 de noviembre de 1946, confirma la decisión apelada.

Por esto el demandante ha recurrido ante la Corte Suprema solicitando la casación del fallo y la decisión del negocio de acuerdo con la demanda. Para resolver el recurso, la Sala considera:

El Tribunal estudia en primer término las líneas generales de la realidad procesal, o sean las adjudicaciones hechas **ad valorem** en la casa de que se trata, en la testamentaría de Juana María Martínez v. de Mora, a Faustino Mora y Natividad Mora v. de Alvear, y las adjudicaciones de partes de la misma casa, determinadas por linderos y un plano, a Faustino y a los herederos de Natividad en el juicio divisorio del primero contra los segundos; anota las equivocaciones que tiene el trabajo de división del agrimensor García, en cuanto a la longitud de una de las líneas de límite de la parte adjudicada a Faustino y en cuanto a las cabidas de las adjudicaciones, pues en una zona del terreno común se dejaron de adjudicar unos metros cuadrados y en otra zona se adjudicó de más buen número de metros cuadrados; hace presente que el plano de la división material no fue presentado por el demandante y el que obra en autos es posterior a la división, no está de acuerdo con la exposición del partidor, ni consta que sea auténtico; por último, echa de menos varias pruebas de estado civil de los sucesores de Juana María

Martínez v. de Mora, absteniéndose de sacar consecuencia alguna de derecho.

En un segundo capítulo el Tribunal estudia las numerosas excepciones, antes expresadas y concluye que ninguna de ellas está probada.

Y en un tercer capítulo el Tribunal expone el fundamento que tiene para confirmar la sentencia de primera instancia, o sea el motivo del fracaso de la acción reivindicatoria, que es la falta de prueba de uno de sus elementos esenciales, a saber, la identidad de la cosa reivindicada.

En resumen, dice el Tribunal que no habiéndose presentado el plano de la división material, que debiera indicar de manera concreta e inconfundible, sobre la realidad material del inmueble, las porciones adjudicadas a Mora, y no resultando esa determinación precisa del acta de la inspección ocular ni de las exposiciones periciales, no puede el juzgador hacer la declaración de dominio ni ordenar la entrega solicitada, por no ser conocida en forma precisa e inconfundible la cuota reivindicable.

La demanda de casación funda el recurso en las causales primera y segunda de las establecidas por la ley.

Respecto de la segunda hace el recurrente consideraciones opuestas, porque si primeramente dice que no se desconoció la pretensión de Mora porque los Alvear tuvieron un mejor derecho, después afirma que el Tribunal no dio su derecho a Mora por la creencia de que carecía de acción y que el derecho lo tenían los Alvear, pero, que no dio un argumento para negar el derecho del primero, ni dijo por qué lo tenían los segundos. Y concluye alegando que como los demandados Alvear alegaron prescripción adquisitiva y otras excepciones que no probaron, a pesar de lo cual fueron absueltos de los cargos del libelo, la sentencia acusada, confirmatoria de la del Juzgado, que así decidió el pleito, no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Esta alegación implica desconocimiento de lo que es la incongruencia como causal de casación. Cierto es que el Juzgado al absolver por deficiencias en la prueba que el actor produjo, y declarar al mismo tiempo no probadas las excepciones opuestas por los demandados, y el Tribunal al estudiar las excepciones antes que la acción, obraron ilógicamente porque siendo la excepción un medio de defensa tendiente a paralizar o destruir la acción o el procedimiento, si la acción no puede prosperar por cualquier motivo legal, de fondo o

de forma, no hay lugar a estudiar las excepciones; por la imposibilidad de paralizar o destruir lo que no se mueve o no existe. Pero también es cierto que el fallo de la acción, por deficiencia de prueba, no incurrió en exceso o defecto, puesto en relación con la demanda y las contestaciones que le dieron los demandados, y ese exceso o ese defecto serían los que podrían ocasionar la calificación de inconsonante contra el fallo recurrido. A primera vista puede ese fallo aparecer, en su parte resolutive, como inconsecuente en sí mismo puesto que la declaración de que no están probadas las excepciones despierta la idea de que los demandados van a ser condenados; pero toda mala inteligencia desaparece con la lectura de la parte motiva en donde se ve que la acción no fue suficientemente probada y que por eso fue absuelta la parte demandada. Así, pues, el fallo no es incongruente con las pretensiones de los litigantes y esta causal de casación no existe.

En el desarrollo de la primera causal el recurrente supone una idea que solo alguna vez expresa incidentalmente: que el demandante Mora solo tenía que presentar sus títulos y probar que su lote con mejoras estaba poseído por otros. En un capítulo hace dos cargos referentes a esta causal, a saber: a) violación directa y aplicación indebida de la ley porque la sentencia no reconoció a Mora su derecho; b) interpretación errónea de la prueba porque el sentenciador dejó de apreciar el significado de las escrituras y de los certificados del Registrador y que los demandados poseen el lote adjudicado a Mora; interpretó erróneamente las contestaciones de la demanda, las posiciones que absolviéron los demandados, la inspección ocular y los dictámenes periciales. Alega el recurrente que el significado que el Tribunal dio a las contestaciones fue desacertado y que es inadmisibles buscar vacíos para argumentar contra sentencias registradas, pronunciadas en juicios ya fenecidos.

En otro capítulo el recurrente habla de las violaciones de la ley y cita numerosas disposiciones de la Constitución Nacional sobre el fin de la autoridad y la garantía del derecho de propiedad, y del Código Civil sobre la sanción legal, la definición del dominio, la enumeración de los modos de adquirirlo, la accesión en general y la de los frutos, la tradición en general y la de bienes raíces y de la herencia en particular, la posesión y sus clases, el justo título, la agregación de posesiones, la partición de la herencia y la terminación de la comunidad en general. Mas si se tiene en cuenta que el motivo fundamental de la confirmación de la

sentencia absolutoria fue la falta de identificación de la cuota demandada, fácilmente se comprenderá que el sentenciador de segunda instancia no pudo infringir ese cúmulo de disposiciones legales y que si en alguna violación incurrió no pudo ser sino en la de alguna de las disposiciones relativas a la reivindicación, de las cuales el recurrente cita los artículos 946 y 947, 949 a 952, 961 y siguientes del C. C.

El demandante reivindica parte determinada de la casa y solar números 17-13|21|23|27 de la carrera 3ª de Cali, formada por porciones de tres zonas, la del frente sobre la carrera, la del patio principal y la del segundo patio, las que componen un lote total con mejoras, demarcado en el terreno con mojones homólogos a ciertos números de determinado plano; se trata, pues, de cosa singular o sea distinta y determinada, pero que fue parte de otra mayor. Para el éxito de su acción tenía que identificarla sobre el terreno y no le bastaba copiar en su libelo los límites expresados en la adjudicación que se le hizo en la división material, con tanto mayor razón cuanto que, como lo dice el declarante Manuel Idrobo nunca se ha levantado cerca o pared que divida el lote de Faustino Mora del lote de los herederos de Natividad Mora de Alvear. Más aun, la determinación precisa del lote en su materialidad era indispensable desde que con la sola lectura del trabajo del partidador García se descubren los errores de longitud y de cabida que anotó el Tribunal.

El cargo de violación directa y aplicación indebida de la ley no tiene fundamento porque si el Tribunal no accedió a las súplicas de la demanda fue por la deficiencia en la prueba de la acción, carga que pesaba sobre el mismo demandante Mora. Como lo ha dicho esta Sala: "...no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración de los elementos que la configuran, ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de estos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso". (Sent. del 30 de octubre de 1940).

En el segundo de los motivos antes resumidos, el recurrente toma la expresión "interpretación errónea de la prueba" en el sentido de vicio de valoración probatoria y se refiere al error de derecho, pero no demuestra, como se lo exige el artículo 520 del C. J., que el Tribunal atribuyera a las pruebas que el recurrente enumera un mérito distinto del que la ley le señala. Su esfuerzo se di-

rigió a demostrar el dominio del demandante sobre cosa singular poseída por los demandados, omitiendo la impugnación del verdadero fundamento del fallo acusado que, como se ha dicho, es la falta de determinación sobre el terreno, de una manera precisa, e inconfundible, de la parte determinada de la casa, objeto de la acción.

Però si hubiera de tomarse el cargo de interpretación errónea de la prueba en el sentido de que el Tribunal incurrió en error de hecho porque de las pruebas sí resulta la identificación de la cuota o parte determinada de la casa, que es objeto de la reivindicación, tampoco tendría razón el recurrente ya que en su alegato no hizo la demostración de que ese error aparecía de modo evidente en los autos. De las pruebas citadas al respecto, escrituras, certificados, contestaciones de la demanda, posiciones, no podía resultar la identificación buscada, como se concibe fácilmente si se considera que en los primeros no pueden aparecer sino los linderos que singularizaron la cuota en la división y que de otro lado los demandados alegaron que no habían sido partes en el juicio divisorio ni le reconocían validez al acto de partición. En la inspección ocular del 9 de abril de 1943 se recorrieron los límites de la totalidad de la casa que fue de la herencia de Juana María Martínez y se dejó constancia de los propietarios de los predios colindantes, pero cuando se trató de identificar las partes determinadas o cuotas en que fue dividido el inmueble, no pudo llevarse a cabo la operación por las diferencias existentes entre el trabajo de partición y el plano presentado por el demandante, que es uno posterior al acto de partición, y no es reproducción del acompañado a aquel trabajo. Los dictámenes de los peritos tampoco pudieron servir para el fin de que se trata porque ellos no reconocieron, ni ante el Juez ni privadamente, los mojones de que hablan las adjudicaciones, ni la línea divisoria entre los lotes de Faustino y Natividad, según la división, ni la trazaron materialmente sobre el terreno, de modo que pudieran describirla en su exposición; se limitaron simplemente a reproducir los límites de la casa de la comunidad formada en la partición de la herencia mencionada y los de los lotes adjudicados a los dichos Faustino y herederos de Natividad en el juicio divisorio, y si eso se llama repetición, no puede estimarse como identificación. Finalmente, es verdad que la mera falta de presentación del plano de la división no puede ocasionar por sí sola, de acuerdo con la ley, el fracaso de la demanda; pero refiriéndose los límites de las adjudicaciones.

a mojones colocados en el terreno sobre puntos homólogos a determinados números de un cierto plano, se hacía indispensable que el juez reconocedor y los peritos lo tuvieran a la vista, y aun se agregara a los autos para que pudieran verlo los demás juzgadores, por ser el medio más adecuado y tal vez el único para verificar la identidad buscada, recorriendo las líneas de límite, viendo los puntos de intersección, los sitios de los mojones, la forma, la cabida y los demás detalles.

No está demostrado, pues, ningún error de hecho ni de derecho sobre el punto fundamental de la sentencia acusada, y el cargo de violación de ley sustantiva no puede prosperar.

En tal virtud, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por au-

toridad de la ley, desecha el recurso de casación de que se trata y no casa la sentencia proferida en el presente juicio ordinario de Faustino Mora contra Ernesto y María Alvear y herederos de Encarnación Alvear, por el Tribunal Superior de Cali el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

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.

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

## ACCIONES DE NULIDAD DE UN REMATE, DE REIVINDICACION, etc.

Las nulidades referentes a los remates se contienen entre las partes, todas las cuales han de intervenir en la controversia que se suscite. Si ocurre dentro del respectivo juicio, la presencia de todas ellas se cae de suyo, sin embargo de lo cual el artículo 455 del Código Judicial requiere la notificación personal del auto en que el juez, en su caso, manda poner en conocimiento de ellas la causal de nulidad que anota. El artículo 456 *ibidem*, habla en plural: "Las partes". Cuando ello ocurre en juicio distinto, sucede otro tanto en el sentido de que éstas deben intervenir, con la agregación, muy justificada por cierto, del rematador, al tratarse de un caso como el del proceso. La ley exige para la discusión de la nulidad la concurrencia de las partes y del rematador en casos como el de autos; pero esto no puede significar que les niegue el derecho de discutir el remate a personas distintas, las que lo tienen en cuanto el remate las perjudique.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 16 de julio de 1947, confirmatoria de la del Juzgado Civil del Circuito de Ambalema de 20 de mayo de 1946 que absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, en el presente juicio ordinario incoado el 30 de octubre de 1943 por el doctor Carlos Eduardo Sandoval contra Ultramares Corporation, Gaspar Galster y Steinwender Stoffragen Corporation y contra el Municipio de Lérida.

Los hechos fundamentales pueden resumirse así: el Tesorero Municipal de Lérida ejecutó a la comunidad San Francisco de la Sierra por deuda proveniente del impuesto predial y en este juicio se embargó y depositó la totalidad de este fundo

y se remató una porción del mismo el 19 de mayo de 1937. El remate se adjudicó a Ultramares Corporation, quien vendió este lote a Galster el 2 de agosto de 1943, no sin haberlo hipotecado a Steinwender Stoffragen, con quien, además, contrató prenda agraria sobre el café de esa finca.

En la división de dicha comunidad, protocolada el 16 de agosto de 1943, se adjudicó un lote al Dr. Sandoval en pago de sus gastos y honorarios.

El Dr. Sandoval se dirige contra los demandados prenombrados pidiendo se declare la nulidad del remate y de su sentencia aprobatoria y la de la venta a Galster y se decrete la cancelación de sus inscripciones en el registro; y se declare también que Ultramares ha tenido negocios en Colombia que la obligaron desde mucho antes del remate y venta a incorporarse aquí y que, no habiéndolo hecho sino ya en curso este juicio, sus actos y contratos todos, entre ellos éstos, son absolutamente nulos. Pide asimismo el demandante se le reconozca como dueño del lote que se le adjudicó en la mencionada partición, y que se condene a Ultramares Corporation y Galster a entregárselo y pagarle sus frutos. También demanda la nulidad de las aludidas hipoteca y prenda agraria.

El Juzgado niega que Sandoval tenga interés jurídico en las referidas anulaciones porque no fue rematador ni parte en el juicio en que se celebró el remate, y en cuanto a la entrega del lote y pago de frutos, no considera estas peticiones porque las reputa consecuenciales de aquéllas, cuya negativa las deja sin base y sin lugar a estudio.

El Tribunal, abundando en los mismos conceptos, confirmó el fallo apelado.

El abogado recurrente acusa por varios aspectos. Prosperando el cargo que se estudia en seguida, se prescinde de los restantes y se dicta el fallo que reemplace la sentencia del Tribunal, como manda el artículo 538 del C. J. Claro es que la prescindencia de que acaba de hablarse se refiere al recurso; de suerte que no impide, ni podría impedir, la consideración de los varios problemas del litigio, en el estudio de la sentencia de instancia que ha de reemplazar la recurrida.

Este cargo consiste en que el Tribunal se abstuvo de decidir la acción reivindicatoria por con-

ceptuar, con error en la apreciación de la demanda, que aquélla se presenta como dependiente de las de nulidad, de donde dedujo que, no triunfando el actor en éstas, aquéllas no eran de considerarse, y así quebrantó, por dejar de aplicarlo, el artículo 946 del C. C.

A pesar de reconocer la evidente e íntima conexión que hay entre estas varias acciones, para aceptar el cargo basta encontrar que efectivamente la demanda no presenta la acción reivindicatoria como subordinada o dependiente, sino como algo cardinal existente por sí. El actor la incoa como dueño, calidad que deriva, no de que el remate sea nulo, sino de que la cosa singular por él pretendida se le adjudicó al dividirse el globo común antedicho.

Para proveer al reemplazo de la sentencia invalidada, la Sala estudiará los aludidos problemas en el orden que los presenta el libelo inicial, comenzando, por tanto, por las nulidades.

A) El remate se ataca primeramente como acto procesal por falta o deficiencia de ciertas formalidades, como no haberse hecho de determinada manera el avalúo o el anuncio de la licitación. Se invoca, pues, al respecto, la causal segunda del artículo 451 del C. J.

Las nulidades de esta clase se contienen entre las partes, todas las cuales han de intervenir en la controversia que se suscite. Si ocurre dentro del respectivo juicio, la presencia de todas ellas se cae de suyo, sin embargo de lo cual el artículo 455 de ese Código requiere la notificación personal del auto en que el juez, en su caso, manda poner en conocimiento de ellas la causal de nulidad que anota. El artículo 456 *ibidem*, habla en plural: "Las partes".

Cuando ello ocurre en juicio distinto, sucede otro tanto en el sentido de que éstas deben intervenir, con la agregación, muy justificada por cierto, del rematador, al tratarse de un caso como el presente.

En la ejecución en que se celebró este remate, fueron partes el Municipio acreedor y la comunidad deudora, y esta última, es decir, el ejecutado, brilla aquí por su ausencia, pues del conjunto de personas aludidas no han figurado en el presente juicio ordinario sino el Municipio y el rematador.

Esta sencilla observación basta para justificar la negativa que sobre esa nulidad pronunciaron las sentencias de instancia, puesto que, por incompleta, quedó ilegítima la personería de la parte demandada.

Claro es que lo justificado es la negativa, no su fundamento, porque para el Juzgado y el Tribunal él está en la carencia de interés jurídico en el demandante, concepto inaceptable, puesto que si la parte demandada le opone el remate, como tenía él que comprenderlo de antemano, no puede decirse que la validez de ese acto le sea indiferente o no lo afecte, y sería indispensable que esto sucediera para poderse hablar de la carencia de tal interés.

La ley exige para la discusión de la nulidad la concurrencia de las partes y del rematador en casos como el presente; pero esto no puede significar que le niegue el derecho de discutir el remate a personas distintas, las que lo tienen en cuanto el remate las perjudique.

B) El remate, en sí, es nulo, según el recurrente, porque el rematador es una empresa extranjera con negocios en Colombia que la obligaban a llenar ante las autoridades colombianas las formalidades exigidas por el Decreto-ley número 2 de 1906, de que se abstuvo, por lo cual todos sus actos y contratos cayeron bajo la sanción de nulidad con que esta falta se castiga por el mismo Decreto. El recurrente llama la atención a la calidad de absoluta que esta nulidad tiene, tratándose de razones y preceptos de orden público.

Desde este punto de vista, la materia está regulada por ese Decreto y el 37 del mismo año, por la ley 58 de 1931 y por el Decreto número 65 de 1941. La declaración de haberse o no cumplido las aludidas formalidades por una empresa extranjera y aún la de estar ésta o no en el caso de llenarlas, está atribuida allí a la entidad oficial singularmente designada al efecto.

Consta en autos que Ultramares Corporation no dio desde luego tales pasos, creyendo que no era el caso de darlos, y así lo sostuvo tenazmente; pero cuando esa entidad resolvió que debía cumplir las órdenes en cuestión porque en realidad aquellos decretos la cobijaban, procedió a hacerlo en forma que oficialmente se declaró satisfactoria.

Como preparando el terreno para el pleito, el abogado del actual demandante antes de incoarlo gestionó la declaración de que Ultramares Corporation había faltado a ese deber. Entonces la Superintendencia de Sociedades Anónimas conceptuó que en tal deber estaba y había estado tal Sociedad y le ordenó conformarse a las normas correspondientes, agregando: "Sin perjuicio de las sanciones y efectos jurídicos que la mora haya producido". Esa resolución, que es de 25 de noviembre de 1943, analiza uno a uno los actos y gestiones

de la sociedad, de donde esa oficina deduce su concepto.

Reclamada la providencia, la misma oficina decidió el 2 de abril de 1944 que Ultramares Corporation está obligada a cumplir los decretos antedichos, porque los varios actos suyos analizados constituyen explotación económica, y añade: "Pero la conclusión de esta oficina al respecto no se basa en cada uno de esos hechos en particular, sino en la situación resultante de ellos en común. No pudiendo completarse esa comunidad de factores sino con hechos de reciente ocurrencia, la Superintendencia solo puede determinar con certeza la obligación actual de Ultramares Corporation de incorporarse al país". Advierte que no puede decir que esté en mora, sino establecer que debe haberlo actualmente, y concluye con esta parte resolutive: "Aclárase lo dispuesto en el auto de 25 de noviembre del año pasado en relación con Ultramares Corporation, Sociedad, Anónima en liquidación domiciliada en Nueva York, en el sentido de que la referida sociedad está obligada en la actualidad a cumplir con los decretos-leyes números 2 y 37 de 1906, con el artículo 22 de la Ley 58 de 1931 y con el decreto 65 de 1941. Conmínase a la citada compañía para que proceda a realizar los actos a que aquellas disposiciones legales se refieren, so pena de incurrir en multas sucesivas...".

La Superintendencia certificó con fecha 28 de julio de 1945 que la compañía tiene permiso definitivo para ejercer su objeto social en el país al tenor del artículo 10 de la citada ley 58, y que a la fecha del certificado ese permiso estaba vigente. También certifica que de conformidad con dicho Decreto 65 y el citado artículo 22, "se declararon cumplidos por parte de dicha Sociedad los requisitos de que tratan los decretos 2 y 37 de 1906, con relación al establecimiento de negocios permanentes en el territorio de la República y con el nombramiento del señor James W. Raisbeck Jr. para que actúe como apoderado en este país".

Así las cosas, no es dado invocar la nulidad que habría surgido, al tenor del Decreto número 2, de la omisión de las formalidades de que se está hablando. Como se ve, a esta conclusión se llega en atención a los comprobantes provenientes de la Superintendencia de Sociedades Anónimas que se han citado y en parte transcrito. Respecto de la situación y razones de orden público que el actor hace presentes, se encuentra que aquélla es la voz pronunciada oficialmente. No es, pues, que la Sala niegue para todo caso a un particular el derecho

de alegar las aludidas omisiones y sus conescuencias, sino que encuentra que tal caso no es el presente.

De aquí se deduce que no adolece el remate de la nulidad que la demanda le atribuye.

C) Lo relativo a hipoteca y prenda agraria quedó prácticamente descartado del debate desde la respuesta que a la demanda dio Steinwander Stofragen Corporation, que manifestó no oponerse por la poderosa razón de estar pagadas las correspondientes deudas y cancelados consecuentemente esos gravámenes. Además, aunque no mediara razón tan decisiva, no habría lugar a decretar estos pedimentos, pues se formulan como dependientes de la nulidad del remate.

### Reivindicación

El actor se presenta como dueño en fuerza de la adjudicación que se le hizo al dividirse la prenombrada comunidad, y sobre la calidad de poseedores en los reos no hay discusión en el estado actual de la causa, aunque inicialmente la hubiera. Concurren, pues, esos dos elementos de los que configuran la acción de dominio. No faltan tampoco los restantes, porque se trata de cosa singular y se ha establecido debidamente lo que a su identidad corresponde. La acción es, por tanto, procedente y, en términos más precisos, el sentenciador debe estudiarla.

Las partes aducen sendos títulos: el actor, el que acaba de recordarse, y el reo el remate tan discutido. La fuente de ambos títulos es una o, mejor dicho, uno y otro proceden de una misma comunidad. El remate se hizo, aprobó y registró en 1937, la partición se registró y protocoló en 1943. Ocurre recordar el artículo 1873 del C. Civil.

Al prevalecer, por ende, el título de la parte demandada, se ve que lo acontecido fue que Sandoval como partidador se adjudicó en su trabajo de partición de la comunidad, en pago del mismo y de los gastos, una cosa ajena, una porción de terreno que ya no pertenecía a quien se la daba en pago porque de ella se había desapoderado al enajenarla de tiempo atrás por medio del remate (C. C. Art. 741).

A esa prevalencia no obsta el efecto retroactivo que a la partición asigna la ley (C. C. Art. 1401, en relación con el 2335), porque ello se refiere a los sucesores del difunto, vale decir aquí **mutatis mutandis** a los comuneros, esto es, a personas cuyo derecho preexistía y al que no le faltaba sino la partición para singularizarse; y al doctor Sandoval se adjudicó ese lote, no como comunero, sino

como tercero, extraño, acreedor por gastos y honorarios. Y si, a pesar de esto, se le supusiera en situación de comunero entendiéndose que todos los comuneros le traspasaron sus derechos de tales circunscritos al lote, tal supuesto, que no cabe ante la singularidad de la transferencia, tampoco podría producir aquel resultado, puesto que de todos modos bastaría el hecho incuestionable de que no pertenecía ya a la comunidad al registrarse su partición un lote que se había rematado años antes y cuyo remate se había registrado también mucho antes de la partición.

Estas consideraciones obligan a denegar lo pedido sobre dominio del actor y orden de entrega y pago de frutos a cargo de los demandados.

Advierte el demandante que éstos ocupan una extensión de tierra que excede en varias hectáreas a lo correspondiente a su lote y a lo rematado; pero de ahí nada puede deducirse en pro de su acción reivindicatoria, puesto que el fallo, en lo que a ésta atañe, tiene que ajustarse a lo demandado, a lo señalado como cosa singular materia de la acción, sin que el sentenciador pueda alterar los términos o finalidades del litigio.

En lo que hace a costas, no cabe condena en el

recurso que prospera, ni se ve motivo para ello en las instancias.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y siete, y revocando la del Juzgado Civil del Circuito de Ambalema de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, falla este pleito así: no hay lugar a hacer las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

## ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE UN TERRENO COMO BALDIO

Como se desprende de lo estatuido en el artículo 74 del Código Fiscal, el juicio ordinario que surge con motivo de la oposición que oportunamente se propone contra la solicitud administrativa de adjudicación de terrenos denunciados como baldíos tiene exclusivamente como objeto discutir y resolver si al opositor le asiste o no mejor derecho sobre la porción de terreno a que se refieren la oposición y el denuncia. En un juicio de esta naturaleza se enfrentan dos partes: de un lado el denunciante, que asume el papel de demandante, sosteniendo que el terreno denunciado es baldío y que tiene mejor derecho a su adjudicación como ocupante y cultivador, y de otra el opositor invocando un derecho preferencial sobre el terreno, porque alegue una ocupación anterior en calidad de cultivador, o porque invoque títulos de propiedad privada. Sobre esos extremos tiene exclusiva y necesariamente que versar la controversia, por lo cual no cabe dentro de su ámbito la resolución de las diferencias que después del denuncia y del vencimiento del tiempo hábil para incoar oposiciones se presenten entre los presuntos adjudicatarios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Los antecedentes de este pleito que interesa poner de presente para la decisión del recurso de casación que en él se ha interpuesto, son los siguientes:

1º—Los señores Carlos Martín Muñoz y Hortensia T. de Tellez, hablando por medio de apoderado, denunciaron como baldíos ante el señor Gobernador de Santander los terrenos conocidos con los nombres de “La Lucera”, “El Rubí” y “Peña Pintada” que forman un solo globo de una superficie aproximada de cuatrocientas hectáreas, alindado como expresaron en su denuncia, y pidieron que se les adjudicara, invocando para ello su condición de cultivadores o colonos.

2º—Tramitándose esa solicitud y dentro de la

oportunidad legal correspondiente, los señores Pedro Santamaría, de una parte, e Isidro y Roberto Ariza, de otra, se opusieron a la adjudicación demandada por cuanto en ella se comprendían sendos lotes ocupados y explotados por aquellos en calidad de colonos, por lo cual el asunto fue remitido al Juez Primero del Circuito de Vélez a fin de que las partes hicieran valer sus pretensiones.

3º—Hortensia T. v. de Téllez cedió los derechos que como colono y cultivador tenía en compañía de Carlos Martín Muñoz en el terreno de “El Rubí”, a Nepomuceno Téllez O., quien a su vez los traspasó a Otoniel González y Víctor Manuel Téllez. El Juzgado en auto de 9 de octubre de 1933, reconoció a éstos como subrogatarios de esos derechos.

4º—Después de numerosos incidentes, Otoniel González y Víctor M. Téllez, en escrito de 17 de mayo de 1935, promovieron por medio de apoderado demanda ordinaria contra Pedro Santamaría e Isidro y Roberto Ariza, representados por sus subrogatarios Vicente Ferrer Martínez y Nepomuceno Pineda para que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que es baldío y como tal tiene la condición de adjudicable según las disposiciones del Código Fiscal Nacional o Ley 110 de 1912, el terreno denominado “El Rubí”, “La Lucera” y “Peña Pintada”, que forma un soío globo, ubicado en el Distrito Municipal de Sucre, cuyos linderos generales aquí se determinan.

Segunda.—Que la adjudicación debe decretarse por mitad a favor del señor Carlos Martín Muñoz y de González y Téllez, o sea por iguales partes, al primero como denunciante y a los segundos como subrogatarios de los derechos de la otra denunciante ante el Gobernador del Departamento, señora Hortensia T. de Téllez.

Tercera.—Que debe excluirse de los antes aludidos, denunciado como baldío y pedido en adjudicación a título de colonos, los lotes poseídos como tales por los señores Pedro Santamaría y Roberto e Isidro Ariza, llamados “San Vicente” y “Santa Elena”, en su orden, a quienes representan los señores Napoleón Pineda y Vicente Ferrer Martínez y determinados por los linderos que expresan los memoriales de oposición a la adjudicación del globo “El Rubí”, “La Lucera” y “Peña Pintada”, que

aquellos elevaron a la Gobernación del Departamento.

Cuarta.—Que si los demandados señores Napoleón Pineda y Vicente Ferrer Martínez se opusieran a esta demanda, se les condene en costas.

5º—Admitida esa demanda y ya bastante adelantado su curso, Carlos Martín Muñoz propuso juicio ordinario contra Otoniel González, Víctor M. Téllez, Napoleón Pineda, Vicente Ferrer Martínez, Pedro Santamaría, Roberto e Isidro Ariza para que se declare, entre otras cosas, que es baldío el lote de terreno denominado “El Rubí”, antes aludido, y que el demandante tiene derecho a que se le adjudique, con exclusión de los demandados.

6º—Tanto Muñoz como Ferrer Martínez y Pineda solicitaron que se decretase la acumulación del juicio de que trata el aparte precedente al que iniciaron González y Téllez contra Santamaría y los Arizas, y aunque el Juzgado la decretó el Tribunal Superior de San Gil, que conoció del recurso que en contra de esa decisión se interpuso, la revocó y denegó la acumulación pedida en auto de 21 de octubre de 1936, fundándose, entre otras razones, en que la demanda de oposición de Muñoz no tiene cabida en el presente juicio, puesto que en éste solo se trata de definir las oposiciones hechas ante la Gobernación por Pedro Santamaría, Roberto e Isidro Ariza, que fueron las propuestas en el término legal, a la demanda de adjudicación de los referidos baldíos presentada por el señor Segundo Ruiz S. a nombre y en representación de Muñoz y Téllez. Esta providencia del Tribunal se ejecutorió, quedando, en consecuencia, reducida la controversia a la decisión de la demanda propuesta por González y Téllez de que se habló en el punto 4º de estos antecedentes.

7º—Continuado el curso de ese juicio, y después de muchas dilaciones e incidencias, el Juez Primero del Circuito de Vélez lo decidió en sentencia de 23 de noviembre de 1945, mediante la cual resolvió lo siguiente:

“1º —Es baldío, y como tal tiene la condición de adjudicable, según las disposiciones del Código Fiscal, un terreno denominado “El Rubí”, “La Lucera” y “Peña Pintada”, que forma un solo globo, ubicado en jurisdicción municipal de Sucre, en el Departamento de Santander, y que linda de modo general así: Por el Noroeste, con los fundos o colonizaciones de los señores Antonio Sánchez, Buenaventura Morales, Abraham Zárate, Carlos Felipe Sánchez y Eulogio y Cupertino Pineda; por el Oriente, con los fundos del señor Belisario Téllez O.; por el Sudeste, con una serie de cerros

que se levantan al frente de “La Lucera”, y al Noroeste de “Venta de Coles”, y por el Occidente, por una cerca construida entre las fundaciones de “El Rubí” y “Rancho de Cáscaras”, siguiendo la línea de esta cerca hasta la “Peña de los Suches”, y de aquí al primer lindero;

“2º—La adjudicación del terreno baldío alinderado en el punto anterior debe decretarse a favor del señor Carlos Martín Muñoz, la mitad, y la otra mitad, por partes iguales, a los señores Otoniel González y Víctor M. Téllez, al primero como denunciante y a los segundos como subrogatarios de los derechos de la otra denunciante la señora Hortensia T. de Téllez, y

“3º—Del lote alinderado en el punto primero, denunciado como baldío y pedido en adjudicación a título de colonización, deben excluirse los lotes que a la época de la demanda eran poseídos por Pedro Santamaría, Roberto e Isidro Ariza, llamados entonces “San Vicente” y “Santa Elena”, de los cuales son dueños hoy los señores Napoleón Pineda y Vicente Ferrer Martínez, quienes obtuvieron la adjudicación de esos lotes, a títulos de cultivadores o colonos, y que hoy se conocen con los nombres de “La Diana” y “Villa Hermosa”, respectivamente.

“Sin costas”.

La apelación que contra la anterior sentencia interpuso Carlos Martín Muñoz llevó el negocio al Tribunal Superior de San Gil, en donde se decidió el recurso en sentencia de primero de marzo de 1947, por medio de la cual se confirmó la apelada, sin costas.

En la motivación de esa providencia el Tribunal expresa, en resumen, que los demandantes de la adjudicación señores Téllez y Muñoz, cumplieron las exigencias previstas por el artículo 69 del C. F. N. para hacer efectivos los derechos reconocidos en el artículo 65 de la misma obra; que el objeto de esta controversia es el de “decidir tan solo la oposición manifestada ante el Gobernador del Departamento por Pedro Santamaría de un lado, y Roberto e Isidro Ariza, del otro, en su carácter de colonos establecidos dentro de la alinderación que encierra el globo denominado “El Rubí”, “La Lucera” y “Peña Pintada”, solicitado en adjudicación por Hortensia de Téllez y Carlos Martín Muñoz”; que el pleito surgió “entre presuntos adjudicatarios y colonos establecidos en el mismo terreno, los últimos de los cuales elevaron sus memoriales de oposición con el único objeto de que se les respetasen sus derechos”; que la demanda admite que deben excluirse de la adjudicación los lotes po-

seídos como colonos por Santamaría y los Arizas; que éstos, o sus subrogatarios, convienen en que se haga la adjudicación desde luego que se les respetan sus derechos; que por virtud de esta confesión judicial, "el asunto perdió el carácter de controvertido, puesto que la oposición formulada reiteradamente por D. Carlos Martín ante el Juzgado y de que se habló al principio, resulta a todas luces extemporánea, desde luego que a dicha oficina sólo le incumbía conocer de la oposición elevada por los colonos Pedro Santamaría y Roberto e Isidro Ariza dentro del término fijado por los artículos 71 y 72 del C. F."

Refiriéndose a esas dos disposiciones dice textualmente el sentenciador:

"Como se ve, estos preceptos, que estaban en vigor cuando los aspirantes a la adjudicación elevaron su demanda ante el Gobernador, señalan explícitamente la oportunidad para las oposiciones que pudieran presentarse contra las solicitudes de adjudicación de baldíos. De tal suerte que si esa oportunidad no se aprovecha, las oposiciones que luego se manifiesten resultan enteramente inoperantes. Y mucho menos resulta jurídicamente aceptable la actitud asumida por el señor Carlos Martín Muñoz, porque como también lo reconoce el Juez a **quo**, es de sentido común que en un mismo juicio no es permitido a una de las personas que forman la parte demandante o actora, asumir al mismo tiempo, como él lo ha hecho, el papel de opositora, representando a la vez el doble de demandante, como peticionario de la adjudicación, y el de demandado, como opositor de la misma adjudicación".

Finalmente agregó el sentenciador:

"No quiere decir todo esto que a juicio de la Sala los derechos alegados por el Personero del señor Muñoz se hallan sin amparo alguno legal. Lo que sucede es que en su concepto existen otros medios para hacerlos efectivos, entre los cuales, por ejemplo, están las reglas que gobiernan la división material de bienes comunes, que ponen a salvo los derechos de quienes establezcan mejoras en las parcelas que han poseído, y que serían de forzosa aplicación en el evento de que se intentara dicha acción una vez que las partes militantes en este juicio obtengan la correspondiente titulación".

#### El recurso

El apoderado de Carlos Martín Muñoz interpuso contra esa sentencia el recurso de casación que hoy se procede a decidir:

En su demanda sostiene el recurrente que él Tri-

bunal incurrió en violación directa de ley sustantiva, en cuanto no dio aplicación a los artículos 3º de la Ley 85 de 1920 y 10 y 11 de la Ley 71 de 1917, que son de estricta aplicación al caso controvertido; o en quebranto indirecto de las mismas, por no haber apreciado las pruebas que cita, de las cuales resulta que Muñoz ocupaba como colono o cultivador exclusivo el lote de terreno denominado "El Rubí", o por error de derecho en la estimación de las pruebas de donde dedujo la explotación económica del globo general por parte de los demandantes.

En la fundamentación de su demanda dice el recurrente:

"El señor Carlos Martín Muñoz, mi poderdante, luego de oponerse de manera explícita en su escrito de folios 90 y siguientes del cuaderno A a que se adjudicara a sus contendores González y Téllez porción alguna de los terrenos que él ocupaba como colono o cultivador **exclusivo**, suministró la prueba plena de esa situación jurídica con la inspección ocular y las declaraciones de testigos cuyas actas obran a folios 7 y siguientes del cuaderno respectivo".

"Y a pesar de las pruebas tan fehacientes —añade el recurrente— el Tribunal sentenciador pasó por sobre ellas, sin mencionarlas siquiera, lo que lo condujo a confirmar lo resuelto por el Juez de primera instancia en el ordinal segundo de su fallo, en el cual se declaró que los señores Otoniel González y Víctor M. Téllez tienen derecho a la adjudicación de la **mitad** del globo general, sin excluir el terreno "El Rubí", ocupado de manera exclusiva, con casa de habitación y cultivos permanentes, por el señor Carlos Martín Muñoz, según aparece de las pruebas relacionadas.

"De esa manera quedaron directamente infringidas por el fallo del Tribunal las normas de ley sustantiva citadas y transcritas al principio. Porque de acuerdo con los hechos probados y las expresadas disposiciones legales, era de rigor que el Tribunal excluyera de la declaración del ordinal segundo del fallo que confirmó, el terreno "El Rubí", ocupado y explotado de manera exclusiva con casa de habitación y cultivos permanentes por Carlos Martín Muñoz.

"En cuanto el Tribunal sentenciador omitió apreciar las pruebas de inspección ocular y de testigos anteriormente expresadas, incurrió **en error de hecho por omisión** en la apreciación de ellas, el cual alego expresamente como **medio** que condujo al Tribunal a la violación de las disposiciones legales citadas.

"Pero si la diferencia anotada no pudiera catalogarse como error de hecho en la apreciación de aquellas pruebas, o si se encontrase que el Tribunal sí las apreció en su fallo, siempre mantengo la acusación de éste por violación directa de las expresadas normas legales, por cuanto apareciendo plenamente probado el hecho de la ocupación y explotación exclusivas de "El Rubí" por Carlos Martín Muñoz, el Tribunal no dio aplicación a los citados mandatos de ley sustantiva, poniendo dicho terreno fuera de la declaración del numeral segundo del fallo de primera instancia".

Se considera:

Por la transcrita motivación en que se apoya la argumentación del recurrente, se observa con toda claridad que su inconformidad con la sentencia acusada la hace consistir en que el Tribunal no excluyó de la declaración contenida en el ordinal 2º del fallo de primera instancia el terreno "El Rubí", que asevera estar ocupado y explotado exclusivamente por él, según lo atestiguan las pruebas que cita; es decir, que el recurrente piensa que el fallo acusado debió disponer que, a pesar de que la solicitud de adjudicación se propuso conjuntamente para la señora Téllez y para el recurrente, dicho lote se le adjudique solo a él, por ser quien lo ha cultivado o colonizado, como así lo ha venido solicitando ahincadamente desde la primera instancia del juicio ordinario. La negativa del Tribunal para acoger la aspiración del recurrente se ha fundado, no en que éste sea o no cultivador exclusivo del nombrado terreno, sino en que el objeto de esta controversia es el de decidir tan solo la oposición que hicieron Santamaría y los Arizas a la solicitud de adjudicación que conjuntamente propusieron la señora Téllez y el recurrente Muñoz; que la referida oposición de éste resulta extemporánea e inoperante, ya que no se aprovechó para presentarla la oportunidad que ofrecen los artículos 71 y 72 del C. F. N., y en que además resulta jurídicamente inaceptable que en este juicio Muñoz pueda asumir a la vez el doble papel de demandante, como peticionario de la adjudicación, y el de demandado, como opositor a la misma. Y este razonamiento jurídico del sentenciador, que constituye el verdadero fundamento de la sentencia para desechar la finalidad que persigue el recurrente y que ahora renueva ante la Corte, no lo acusa, como ha debido hacerlo, en sus alegaciones, por lo cual el cargo que propone resulta, como es obvio, manifiestamente inoperante e inepto en casación.

De otro lado, la tesis sostenida por el Tribunal

para no acoger las pretensiones del recurrente es, en sentir de la Sala, razonable y jurídica, pues como se desprende de lo estatuido en el artículo 74 del C. F. el juicio ordinario que surge con motivo de la oposición que oportunamente se propone contra la solicitud administrativa de adjudicación de terrenos denunciados como baldíos tiene exclusivamente como objeto descutir y resolver si al opositor le asiste o no mejor derecho sobre la porción de terreno a que se refieren la oposición y el denuncia. En un juicio de esta naturaleza se enfrentan dos partes: de un lado el denunciante, que asume el papel de demandante, sosteniendo que el terreno denunciado es baldío y que tiene derecho a su adjudicación como ocupante y cultivador, y de otra, el opositor invocando un derecho preferencial sobre el terreno, ya porque alegue una ocupación anterior en calidad de cultivador o porque invoque títulos de propiedad privada. Sobre esos extremos tiene exclusiva y necesariamente que versar la controversia, por lo cual no cabe dentro de su ámbito la resolución de las diferencias que con posterioridad al denuncia y al vencimiento del tiempo hábil para incoar oposiciones, se presenten entre los presuntos adjudicatarios. Aquí se solicitó por los denunciante, la señora Téllez y el recurrente Muñoz, que se les adjudicara conjuntamente a ellos el terreno denunciado, por lo cual la sentencia, siendo, como lo fue, parcialmente favorable debía decretar la adjudicación para ambos. Y si acontece que el segundo de los nombrados tiene cultivos particulares y propios en una zona determinada comprendida dentro de lo adjudicado, la ley le brinda, fuera del presente juicio y una vez que esté expedido el título respectivo, ocasión y manera de hacer valer su derecho.

No prospera el cargo.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial**.

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

## OBJECIONES A UNA PARTICION

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

En el juicio de sucesión intestada de Eudoro Obando, abierta y radicada en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, se llevó a cabo la partición de la herencia por los trámites legales y por partidor judicialmente nombrado.

Del capítulo de "Antecedentes", que encabeza la partición, se destacan los que tienen interés para la decisión del recurso:

Jorge Enrique Obando R. y Lucila Obando v. de Copete, únicos herederos en su condición de hijos legítimos, vendieron a Pedro Sanz Mazuera (escrituras números 1975 de 16 de agosto de 1940 y 1173 de 19 de mayo de 1942, Notaría 2ª de Bogotá) los derechos en la herencia de su padre vinculados concretamente en la casa o chalet número 14-34 y local adyacente número 14-28 de la calle 50 de esta ciudad, junto con el terreno en que está edificada, equivalentes a cinco doceavas partes de cada uno de los vendedores, en la finca cuyos linderos se expresaron. El Juzgado reconoció a Sanz Mazuera como cesionario de los derechos que corresponden a los herederos cedentes en relación con la casa descrita en las escrituras, y en esa condición ha intervenido en el juicio.

"Como los bienes activos inventariados —dice el partidor— consisten en las diez doceavas partes del chalet, un lote con casa de bahareque y paja en Briceño y unos libros por cincuenta pesos y como no ha habido cesión de derechos y acciones en general, sino vinculados a determinados bienes, resulta que los interesados en este juicio son: Pedro Sanz Mazuera como cesionario de los derechos del chalet; Lucila Obando v. de Copete, como heredera en el lote de Briceño y parte de los libros; Antonio Padilla como cesionario de la mitad del terreno de Briceño, y Jorge Enrique Obando como heredero de la mitad de los libros. Como por razón de la forma en que se hicieron las cesiones los anteriores interesados heredan en porciones distintas por su cuantía y naturaleza, es necesario hacer una distribución proporcional de los gastos en razón de los bienes y las cuotas respectivas. Hay un pasivo que no se ha cubierto en la forma que

corresponde a todos los interesados, y por ello es necesario hacer hijuela de deudas y gastos teniendo en cuenta la observación hecha en el punto anterior".

Este "pasivo decretado dentro del juicio", está constituido por el valor de los gastos hechos en el sucesorio, que el partidor discrimina minuciosamente en relación con los interesados a efecto de adjudicar a cada uno el correspondiente crédito. Procede luego a hacer la distribución "entre los herederos, teniendo en cuenta el derecho que corresponde a cada uno de los interesados, para que haya una distribución equitativa del pasivo", y de esta manera, hechas las operaciones correspondientes, adjudica a Sanz Mazuera la suma de \$ 498,49, y como "tiene a su favor un crédito únicamente por la suma de \$ 66,48, por gastos hechos por él, puede compensarsele el valor de su crédito y reducir su deuda a la suma de \$ 432,01".

Del activo sucesoral inventariado (\$ 7.433,33) deduce el partidor el monto de los gastos (\$ 464,05) y liquida un activo partible de \$ 6.969,27. "Correspondería —dice— a cada uno de los herederos la cantidad de \$ 3.484,63. Pero como hubo cesiones, es necesario, teniéndolas en cuenta, hacer la siguiente distribución: para el doctor Pedro Sanz Mazuera, cesionario, en el chalet \$ 6.651,32", que se le pagaron adjudicándole dominio proporcional en ese inmueble avaluado en \$ 7.083,33. En esta misma finca y con destino a ser rematado, se adjudicó en la hijuela de gastos, un derecho en común con el de Sanz Mazuera, equivalente a la cantidad de \$ 432,01 en relación con su avalúo total.

Dentro del término legal de traslado de la partición, Sanz Mazuera manifestó que la objetaba "en todas y cada una de sus partes". Las objeciones, formuladas desordenadamente, versan, en lo que interesa hoy, sobre el hecho de haberse formado improcedentemente lote de gastos y en haberse distribuido éstos en forma arbitraria e indebida por no atribuirse a los herederos que son los que deben sufragarlos a prorrata de sus cuotas, y cargárselos en cambio en su mayor parte a los cesionarios.

El Juzgado en providencia del 27 de febrero de 1946, decidió la articulación correspondiente declarando infundadas las objeciones, y aprobando, en consecuencia, el trabajo de partición, con costas a cargo del objetante.

## Sentencia acusada

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia del 27 de junio de 1946, que decidió la segunda instancia a que dio lugar la apelación del objetante, confirmó la recurrida y condenó en las costas del grado al apelante.

Considera el Tribunal, en lo que interesa recordar, que la distribución de gastos hecha por el partidor está bien, "porque los que se hayan hecho con la mira de adelantar el juicio sucesorio y establecer así la cantidad que corresponde a cada heredero, debe ser sufragada por éstos a prorrata del valor de su adjudicación, y como el cesionario ocupa el puesto que ocupaba el cedente, debe cargar con la parte de gastos que le correspondería a éste si no hubiera cedido sus derechos. Es decir, los herederos deben sufragar esos gastos, al fin y al cabo, porque el valor de éstos se deduce de la masa partible de bienes, o lo que es lo mismo, cada heredero, en proporción de su haber herencial, debe contribuir a aquellos gastos, porque éstos se imponen y preferencialmente deben ser cubiertos en la forma ya dicha, y si un heredero ha vendido sus derechos a un tercero y éste ha sido reconocido en el juicio como cesionario, y, por lo mismo, se le forma hijuela de adjudicación, es indiscutible que como continuador de su tradente está obligado también a contribuir a los gastos del juicio, cosa indispensable para que su derecho abstracto se concrete en la adjudicación de un bien".

## El recurso

El objetante de la partición, Sanz Mazuera, ha traído el negocio a la Corte en el recurso de casación que hoy se decide al cabo de sus trámites legales.

Con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. acusa la sentencia aprobatoria de la partición como violatoria, por interpretación errónea y aplicación indebida, de los artículos 1155, 1302, 1316, 1411, 1414, 1625 y 1724 del C. C.

En los siguientes párrafos de la demanda está encerrado todo el razonamiento fundamental de la acusación, enederezada contra la forma como el partidor hizo la distribución y pago de los gastos del juicio: "El partidor, en el caso presente, —dice— no repartió el pasivo de la sucesión entre los herederos a prorrata de sus cuotas, pues atribuye al cesionario de derechos la obligación de pagar la mayor parte de ese pasivo, sin reconocerle, en

cambio, los créditos activos que liquida a favor de los herederos. Olvidó el partidor que el cesionario; si está obligado a las cargas, debe en cambio recibir los créditos que corresponden a esas cargas. De lo contrario no sería cesionario de derechos, sino tan solo de obligaciones. Se trata de una obligación hereditaria, pues las de esta especie están constituidas por las deudas del causante, por todas las obligaciones de que el causante es responsable, por los gastos de su mortuoria, impuestos fiscales, costo de las exequias, etc. Los herederos Jorge y Lucila Obando deben pagar el pasivo por mitad; por lo tanto el partidor ha debido dividir la cuenta de gastos en dos partes: cada una de \$ 266,66. Si los herederos pagaron estas cuotas, ¿por qué se ordena en la partición devolverles eso que pagaron porque lo debían? Tratándose de los mismos herederos, es irritante que el cesionario deba devolverles, sin causa justa, lo que aquellos estaban obligados a pagar".

Considera la Corte:

Según los contratos de que dan cuenta las escrituras públicas números 1975 de 16 de agosto de 1940 y 1173 de 19 de mayo de 1942, de la Notaría 2ª de esta ciudad, por medio de las cuales Jorge Enrique y Lucila Obando vendieron a Pedro Sanz Mazuera sus derechos en la sucesión de su padre, con especificación de que eran los vinculados a la casa de la calle 50, no se puede decir que se trate propiamente de una cesión del derecho real y universal de herencia, como lo advirtió el partidor, con los efectos jurídicos que a esta institución adscribe el capítulo 2º del título 25 del libro 4º del C. C., consistentes, en general, en que el cesionario ocupa en la liquidación herencial el sitio del heredero cedente y tiene los mismos derechos y obligaciones. La enajenación, detallando como se hizo específicamente un cuerpo cierto como su objeto, es en realidad una venta de especie, subordinada, naturalmente, a los resultados de la liquidación sucesoral y la partición de la herencia. El partidor con la anuencia de los herederos cedentes, le dio completa efectividad y consolidó esa venta mediante las adjudicaciones que hizo en su trabajo de partición. Tal es el planteamiento sustancial que corresponde al caso y la realidad de lo acontecido.

Fuera de lugar y oportunidad estaría advertir aquí las incongruencias legales que pudieran anotarse desde este ángulo de apreciación, a algunas consideraciones que trae la sentencia del Tribunal acerca de la intervención procesal que ha tenido Sanz Mazuera y de su identificación jurídica

con sus cedentes, como si se tratara en verdad de una cesión del derecho de herencia como universalidad, porque sobre ninguno de estos aspectos se enfoca la acusación. Estando dentro de los límites del recurso, esto es, en relación con la materia de las disposiciones que el recurrente cita como violadas, los cargos, relativos al pago de los gastos del juicio, resultan infundados como se ve al simple recuerdo del contenido de tales preceptos del Código Civil.

El artículo 1155 enseña que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, son herederos; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles; el 1302 establece que el que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones a prorrata de su cuota hereditaria, aunque consagra la manera como se dividen entre los herederos las deudas hereditarias; el 1316 manda que las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confundan con los de la sucesión; el 1414 regla el caso de la confusión parcial cuando un heredero fuere deudor o acreedor del difunto en la cuota que en el crédito o deuda le cupiere; el 1625 señala el modo de extinción de las obligaciones; y el 1724 define la confusión como uno de estos modos extintivos.

Ninguna de estas disposiciones de la ley sustantiva tiene incidencia en la resolución del recurso, porque ellas se refieren a deudas hereditarias, esto es, contraídas por el causante, y la cuestión que ha motivado las objeciones del recurrente al trabajo de partición se relaciona con los gastos del juicio mortuario, causados en interés general de los adjudicatarios y distribuidos proporcionalmente al beneficio obtenido, que no pueden clasificarse como obligaciones hereditarias. El patrimonio relicto de Eudoro Obando no tiene deudas. Así lo reconoce el recurrente Sanz Mazuera en su memorial de objeciones, en que le dice al Juez que "el error inicial del partidor consiste en considerar que esta sucesión tiene pasivo, siendo así que en realidad no lo tiene. Y no lo tiene porque la sucesión no debe nada a extraños. Hay una cuenta de gastos del juicio y esta cuenta es de cargo de los herederos personalmente considerados, que no del causante o de la sucesión en sí misma". Sin embargo de lo cual quiere sostener su recurso ante la Corte sobre la afirmación de que los gastos judiciales del juicio sucesorio son deudas de la herencia, como si fueran de aquellas cuyo pago podía exigirse al causante y que por eso pueden ha-

cerse efectivas contra sus herederos como sucesores en sus obligaciones.

La suma de \$ 464,06 exigua cuantía del interés de este recurso que inexplicablemente ha dado acceso a la casación, está formada por los gastos generales del juicio, —papel, estampillas, publicación de edictos, peritos avaluadores, honorarios del partidor—, minuciosamente discriminados en el trabajo partitivo respecto de cada uno de los interesados en la sucesión y restados de la masa de bienes dejados por el difunto como deducciones generales para formar el acervo líquido partible (artículos 1016, 1390, C. C.). Ninguna razón de orden legal ni de otra naturaleza respalda la pretensión del recurrente Sanz Mazuera de beneficiarse desproporcionadamente de los gastos hechos por los demás interesados en utilidad de todos los adjudicatarios, para cuyo pago debía formarse la hipoteca correspondiente de acuerdo con la ley. La distribución que el partidor hizo de la referida cantidad por gastos judiciales generales proporcionalmente al interés de cada uno de los adjudicatarios resulta en realidad una operación meramente teórica, porque deducidas las costas del acervo herencial inventariado como lo manda la ley, no puede decirse que sufra desmedro el derecho de Sanz Mazuera que, como comprador de un bien sucesoral en las condiciones ya conocidas, estaba subordinado, como ya se dijo, al resultado final de la liquidación de la herencia. No es otra su situación dentro de este juicio mortuario, en que no está debatiéndose, ni podría debatirse, el cumplimiento de las obligaciones generadas en el contrato de venta celebrado con los herederos vendedores.

Infundados según las razones que anteceden los cargos de la demanda de casación, 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 este Distrito Judicial el 27 de junio 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.

**Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Ajvaro Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Manuel José Vargas.** — **Luis Eduardo Gacharná.** — **Emilio Prieto,** Secretario.

## EJECUCION DE SENTENCIA EXTRANJERA. — DIVORCIO

1.—Unicamente las sentencias llamadas de condena aparejan ejecución forzada, mientras que en las de mera declaración, o en las denominadas constitutivas, basta la decisión para garantizar la eficacia del ordenamiento sustancial.

2.—El juicio de divorcio vincular considerado con independencia de nuestra regulación positiva se finaliza en una providencia constitutiva y liberatoria, por sí misma, del lazo conyugal; en tales condiciones no es posible pensar en que la jurisdicción ejerza algún acto posterior destinado a ejecutar lo decidido, cuyos efectos no serán propiamente ejecutivos del fallo sino del nuevo estado que en él halle su origen.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

El Juez Segundo de Primera instancia en lo Civil del Distrito Federal, Estados Unidos de Venezuela, con fecha treinta de enero del año próximo pasado expidió una carta rogatoria al Juez Civil de la ciudad de Cúcuta para que haga entrega de las menores Blanca Margarita y María Teresa Alfonzo Méndez a su padre Francisco José Alfonzo Blanco; el apoderado de éste, junto con la carta rogatoria aludida, presentó ante la Corte la copia del fallo pronunciado en el juicio sobre divorcio vincular surtido entre Alfonzo Blanco y María Teresa Méndez Rosales, en cuya virtud quedó disuelto el vínculo matrimonial que por ellos se había contraído; con tal documentación se pide, en conformidad con el artículo 558 del C. J. la declaración de que la sentencia dicha debe ejecutarse en Colombia para el solo fin de la ya aludida entrega de las menores dichas a su padre.

Ana Teresa Méndez, cuyo paradero se ignora, ha estado representada por un curador *ad-litem*; también se ha oído al señor Procurador General.

Este funcionario formula reparos a la representación de Ana Teresa Méndez, y al fondo de la solicitud pendiente, pero sobre tales extremos no se

detiene la Sala porque carecen de incidencia en la solución que imparte al caso.

Como ya se dijo, la sentencia cuyo cumplimiento se pretende es de divorcio vincular, y su ejecución en Colombia se reduce a una diligencia de entrega que, a pesar de ser consecuencia del fallo, no puede tenerse como diligencia ejecutiva en relación con él; en efecto:

Los autores, especialmente los procesalistas y los doctrinantes del derecho internacional, han profundizado en la noción de la sentencia como acto jurídico, en orden a distinguir en sus efectos los que le son propios por sus nexos con el *thema decidendum* del juicio, de los que se engendran en el fallo como hecho material productor de ciertas consecuencias jurídicas; la clasificación de las acciones según la índole del proveído que deba solucionarse contribuye a esclarecer completamente el problema:

Las sentencias declarativas y las destinadas a producir la mutación de un estado jurídico, no están provistas de ejecución posterior porque al preferirlas se agota la garantía jurisdiccional; esta puede tener por objeto la restauración jurídica ante quebrantos anteriores de la norma, o la declaración de un estado incierto enfrente de un precepto no transgredido, o el cambio de una situación jurídica ante hechos capaces de engendrarla; sólo al primer tipo corresponde la ejecución ulterior porque solo él comporta necesariamente los medios prácticos de que el Estado se valga para restablecer la observancia de la norma violada, al paso que los otros dos, por su simple vigencia, realizan la voluntad de la ley; las operaciones sobrevenientes para afirmar la declaración o el estado impuesto por el fallo no son consecuencias internas de la relación entre la demanda y la sentencia, sino externas de ésta como hecho material generador de efectos jurídicos, al igual de cualquiera otra ocurrencia susceptible de clasificarse dentro de esa calidad.

Por tanto apenas las sentencias llamadas de condena aparejan ejecución forzada, mientras que en las de mera declaración, o en las denominadas constitutivas, basta la decisión para garantizar la eficacia del ordenamiento sustancial.

Tal vez con base en estas nociones doctrinarias

el artículo 549 del C. J. presupone la ejecución de las resoluciones judiciales solamente respecto de "las obligaciones que declaren", locución que deja al margen del concepto material de actividades ejecutivas los fallos que apenas declaran, por ejemplo, un estado civil, o que truecan una situación jurídica, *verbi gratia*, el de nulidad de un matrimonio.

El juicio de divorcio vincular considerado con independencia de nuestra regulación positiva se finaliza en una providencia constitutiva y liberatoria, por sí misma, del lazo conyugal; en tales condiciones no es posible pensar en que la jurisdicción ejerza algún acto posterior destinado a ejecutar lo decidido, cuyos efectos no serán propiamente ejecutivos del fallo, sino del nuevo estado que en él halle su origen.

Así debió entenderlo el Juez que conoció del divorcio Alfonzo-Méndez cuando expidió la carta rogatoria de que se ha hecho mérito desvinculándola por completo de la sentencia cuya ejecución en Colombia se pretende; con ello se ajustó a la naturaleza de dicho fallo y a lo que, en acuerdo con ella, sucedió ante la jurisdicción venezolana: ejecutoriada ya la providencia definitiva del divorcio, a instancia del actor se determinó la ya expresada comisión al Juez de Cúcuta con base en el estado jurídico vigente; bien puede observarse cómo el diligenciamiento de la carta rogatoria es

por entero extraño a cualquier aspecto ejecutivo de la sentencia y cómo el auxilio impetrado puede obtenerse sin necesidad de que la Corte pronuncie *exequátur* alguno. La Sala carece de competencia para dicho efecto por cuanto no se trata, como ya se ha visto, de ejecutar en Colombia una sentencia de divorcio cuya eficacia habrá operado en el país donde se profirió, y para alcanzar la cual no es menester acto alguno de la jurisdicción en esta República.

El Juez comisionado puede, en consecuencia, proceder a la diligencia del caso teniendo en cuenta los tratados públicos y demás leyes nacionales sobre la materia.

Con base en estas consideraciones la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, resuelve:

No es el caso de decidir sobre ejecución en Colombia de la sentencia proferida por el Juez Segundo de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, Estados Unidos de Venezuela, en el juicio de divorcio relativo a Francisco José Alfonzo Blanco y Ana Teresa Méndez Rosales.

Notifíquese.

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

## SALA DE CASACION PENAL

## NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

1.—La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 458, 459 y 516 del C. de Procedimiento Penal no son hechos constitutivos de nulidades porque la ley en ninguna de las disposiciones del capítulo que trata de ellas, las consagra como causales de este género. Las formalidades que la ley exige para la valorización de determinados actos procesales, lógicamente deben cumplirse por imperio de la misma ley, pero su omisión —ausencia de formalidades— no siempre está erigida como causal de nulidad, y cuando el legislador guarda silencio sobre determinada nulidad, el juez no puede crearlas porque su misión no es la de colegislador sino la de intérprete y aplicador de los preceptos legales.

Lo anterior no implica la afirmación de que en determinado momento, salvo las excepciones legales, la omisión de los traslados a las partes y a los miembros del Jurado, para que estudien el expediente, puede incidir en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ora porque el vocero y defensor del procesado no pudieron formarse un criterio exacto sobre los problemas que debían debatirse en la audiencia pública y por esto se abstuvieron de intervenir, o ya también, porque los miembros del Jurado por falta de estudio no pudieron formarse una opinión sobre lo que deben fallar, pero estos motivos deben alegarse y ponerse de presente en el acto público de la audiencia y no con posterioridad a ella, cuando los jueces populares han formado su opinión sobre las alegaciones orales de los defensores y del Agente del Ministerio Público.

2.—El artículo 466 del Código de Procedimiento Penal dice que la no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración de la audiencia pública, y agrega que la asistencia del enjuiciado es obliga-

toria auncuando se halle gozando del beneficio de excarcelación, exceptuando de esta norma el caso contemplado por el artículo 433 o sea cuando se trata de reos ausentes.

La no asistencia de los acusados a la celebración del juicio, no es un hecho constitutivo de nulidad procedimental ni constitucional. La presencia del acusado a este acto tiene como finalidad la de que los jueces del hecho se forman —mediante observación personal del sindicado— un concepto más preciso o exacto, acerca de la personalidad del acusado, pero la no asistencia de éste, no impide la celebración del juicio, pues de ser esto así, la audiencia pública prácticamente estaría condicionada a la voluntad del acusado, quien podría demorar indefinidamente la terminación del juicio, quebrantando en esta forma los intereses de la justicia y de la sociedad.

3.—Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del Jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad.

Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del Jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron al tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del Jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se

quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas pero no una nulidad.

4.—En los delitos de dolo indeterminado, el acto inicial de la cooperación puede ser como aquí uno solo y el cooperador necesario asume la responsabilidad de todos los actos causados por el autor material, sin que ello implique acuerdo previo de intención y voluntad para la realización de todos y cada uno de los delitos ejecutados, de manera que el cuestionario único que contempla la responsabilidad de Cortés Sánchez como cooperador necesario en los homicidios realizados por González Vargas, no tiene fuerza capaz para constituir una nulidad procedimental o constitucional, porque no se menoscabaron con ese acto las garantías defensivas de las cuales podían hacer uso el procesado o el defensor; la omisión de fórmulas en la redacción del cuestionario pudo alegarse en el acto de la audiencia para que previamente fuera subsanado, pero no como nulidad porque la ley no la ha consagrado como tal.

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

(Magistrado ponente: doctor Dominbo Sarasty M.)

#### Vistos:

En sentencia de 9 de septiembre de 1946, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Enrique González Vargas y a José Ignacio Cortés Sánchez a la pena principal de **once años de presidio** como responsables de un doble delito de **homicidio** cometido en las personas de Alfredo Garzón y Rafael Tejedor.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

#### Hechos

El día 13 de febrero de 1944, en casa de Vicente Vizcáino, ubicada en la Intendencia del Meta, Corregimiento de Acacias, se hallaban reunidas varias personas jugando naipes. En la cocina de dicho establecimiento se encontraban (comiendo tamales) Enrique González Vargas y José Ignacio Cortés Sánchez; de pronto entraron a ese lugar,

con el mismo objeto, Alfredo Garzón, Rafael Tejedor y Secundino Rodríguez, quienes estaban un tanto embriagados; Garzón dijo a los primeros "que no comieran más tamales que ya habían comido mucho" a lo cual Vargas replicó que "estaba de buenas pues la perra se la iba a dedicar a él"; por este motivo se trabó una riña la cual no tuvo mayores consecuencias porque los compañeros de Garzón lo sacaron de dicho lugar, para llevarlo a su casa de habitación.

Ya en la calle (sin que pueda precisarse cuál fue el agresor), González y Garzón se trabaron en riña sin que valiera la intervención de los amigos de éste para que no pasara nada. González acosado por Garzón fue retrocediendo, en estos momentos se acercó José Ignacio Cortés Sánchez, quien le pasó un cuchillo a González e inmediatamente se separó del lugar de los acontecimientos. González armado de este instrumento atacó a Garzón y a Rafael Tejedor, causándoles varias lesiones que posteriormente les produjeron la muerte.

#### Actuación procesal

El 5 de agosto de 1944 el Juzgado 4º Superior calificó el mérito del sumario, y llamó a responder en juicio por un delito de doble homicidio a Enrique González Vargas y José Ignacio Cortés. Providencia ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En el año de 1946, en los días 2 y 10 del mes de abril se verificaron las audiencias públicas en este juicio, y a la consideración de los miembros del Jurado se sometió un cuestionario integrado por tres preguntas; las dos primeras relativas a la responsabilidad de Vargas en relación con los homicidios, y la otra, sobre la responsabilidad de Cortés por haber prestado a González un auxilio o cooperación, sin la cual no se hubieran realizado los actos que causaron la muerte de Garzón y Tejedor.

El Jurado —por unanimidad de votos— respondió afirmativamente a las tres preguntas, atenuando la responsabilidad del homicidio cometido en la persona de Alfredo Garzón por la modalidad de la riña.

En providencia de mayo 10 de 1946, el Juzgado condenó a los procesados a las penas principales de catorce años de presidio, como responsables de los hechos investigados. Pero el Tribunal en sentencia de septiembre 9 de 1946, reformó el fallo en el sentido de condenar a Enrique González Vargas y a José Ignacio Cortés Sánchez a la pena principal

de once años de presidio, en vez de catorce años que les impuso el Juzgado, sentencia contra la cual se interpuso recurso de casación.

### Demanda

Se invocan como causales de casación las contempladas en los numerales 4º, 7º y 10 del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

### Causal cuarta

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

Señala como hechos constitutivos de nulidad los siguientes:

1º—El auto que declara cerrada la investigación, no fue notificado personalmente ni por estados a los apoderados de los sindicatos; esa providencia no podía surtir efecto mientras no fuera notificada (artículo 327 del C. J.) pues ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes, y como no se ha cumplido con esos requisitos “el acto es nulo *prima facie* porque se ejecutó contra lo expresamente ordenado por la ley”.

2º—El artículo 458 del Código de Procedimiento Penal dispone que se corra traslado a las partes para que estudien el expediente y que en la misma providencia se señale día y hora para la celebración de la audiencia pública, fijación que no podrá ser practicada antes de cinco días ni para después de veinte; como en este negocio se prescindió del traslado y la audiencia no se celebró en el término indicado por la disposición citada, se omitieron formalidades sustanciales en la celebración del juicio y se incurrió en nulidades que vician el procedimiento “entre ellas la principal no haber celebrado el juicio dentro de los términos que la ley ha señalado para ello, término que el Juez no puede variar officiosamente”.

3º—La audiencia pública se celebró sin la concurrencia del procesado Enrique González Vargas, hecho que viola el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal que determina que “la asistencia del enjuiciado es obligatoria aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación con excepción del caso contemplado en el artículo 433”. “Aquí se omitió esa formalidad: por consiguiente ha debido emplazarse a González, declararlo ausente y luego verificar la audiencia”.

4º—En la redacción del cuestionario referente a la responsabilidad de José Ignacio Cortés se pres-

cindió de las formalidades prescritas por la ley; no se cumplió con el mandato del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, ora porque siendo dos los homicidios, las preguntas del cuestionario debieron formularse independientemente, como si se tratara de acusados distintos y no uno solo como lo hizo el Juzgado, ora porque en el cuestionario no se determinó el hecho material conforme al auto de proceder y a las circunstancias que lo constituyen y agrega:

“Esto no es cumplir con la ley, ni al formular el cuestionario único, ni al redactarlo en esa forma”.

Estos hechos ejecutados contra expresa prohibición de la ley son violatorios del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se considera:

### Primer motivo de nulidad

El auto por el cual se declara cerrada la investigación, se notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y a los detenidos, pero no se notificó ni personalmente ni por estados a los apoderados de los sindicatos, porque al momento de proferirse esa providencia los sindicatos no los habían constituido, y en ese caso, mal haría el Juzgado en ordenar una notificación a personas que son extrañas al proceso penal. En el sumario los sindicatos fueron asistidos por apoderados en algunas diligencias, —entre otras— en la indagatoria y careos, los apoderados se nombraron únicamente para intervenir en esos casos especiales, de manera que, cumplidos esos actos, los mandatarios cesaron en el ejercicio de sus cargos por no haber sido designados para intervenir en todas las diligencias procesales.

La notificación del auto que declara cerrada la investigación (artículos 421, inciso 2º y 424 del C. de P. P.) puede hacerse personalmente o por estados; personalmente en los casos expresamente señalados por la ley, y por estados, después de transcurridos dos días de pronunciada la respectiva providencia, pero la omisión de la notificación bien sea personal o por estados, del auto que ordena cerrar la investigación, no constituye nulidad porque la ley no la ha consagrado expresamente como causal de este género.

### Segundo motivo de nulidad

Del contexto del artículo 458 del Código de Procedimiento Penal —el demandante— deduce dos motivos de nulidad, primero, el relativo a la omi-

sión del traslado a las partes para que estudien el expediente, y el segundo, el referente a que la audiencia pública no se celebró dentro de los términos señalados en esta disposición que establece que no podrá ser para antes de cinco días ni para después de veinte.

La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 458, 459 y 516 del Código de Procedimiento Penal no son hechos constitutivos de nulidades porque la ley en ninguna de las disposiciones del capítulo que trata de ellos, las consagra como causales de este género. Las formalidades que la ley exige para la valorización de determinados actos procesales, lógicamente deben cumplirse por imperio de la misma ley, pero su omisión —ausencia de formalidades— no siempre está erigida como causal de nulidad, y cuando el legislador guarda silencio sobre determinada nulidad, el Juez no puede crearlas porque su misión no es la de legislador sino la de intérprete y aplicador de los preceptos legales.

Lo anterior no implica la afirmación de que en determinado momento, salvo las excepciones legales, la omisión de los traslados a las partes y a los miembros del Jurado, para que estudien el expediente, pueda incidir en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ora porque el vocero y defensor del procesado no pudieron formarse un criterio exacto sobre los problemas que debían debatirse en la audiencia pública y por esto se abstuvieron de intervenir, o ya también, porque los miembros del Jurado por falta de estudio no pudieron formarse una opinión sobre lo que deben fallar, pero estos motivos deben alegarse y ponerse de presente en el acto público de la audiencia y no con posterioridad a ella, cuando los jueces populares han formado su opinión sobre las alegaciones orales de los defensores y del Agente del Ministerio Público.

“Mas a esto cabe observar —dice la Procuraduría— que ninguna de las partes hizo reclamo alguno sobre el particular, y que, llegada la audiencia, tanto el Fiscal como los defensores de los acusados ejercieron a cabalidad su misión, demostrando un completo conocimiento del proceso, especialmente el representante del procesado Cortés Sánchez, quien hizo una larga y detenida exposición acerca de todos y cada uno de los elementos de prueba existentes en el proceso. Esto indica, sin lugar a dudas, que la defensa sí se había enterado previamente del negocio, que era lo fundamental, aunque el traslado de ley no se hubiera corrido”.

“Los Jurados —ha dicho la Sala— 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 les interroga, porque en este acto es cuando se examinan los cargos imputados en el auto de proceder, como la defensa que de ellos se hace al procesado, y como resultado del conocimiento de los hechos, y 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) como nulidad constitucional”.

“Cuando el vocero y el defensor intervienen en la audiencia y ejercitan los derechos que la ley les ha conferido en defensa de los intereses del procesado, bien sea refutando los cargos deducidos en el auto de proceder, bien alegando tesis nuevas no contempladas en él, pero con respaldo en las pruebas allegadas al juicio, ya planteando conclusiones que llevan a la absolución de su defendido, mal puede hablarse de que no se cumplieron las formalidades propias del juicio, porque se omitió por la Secretaría dar traslado del negocio a las partes (artículo 459 del C. de P. P.)”.

Y en sentencia de marzo 27 de 1947 la Corte expresó:

“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 que otorga los medios eficaces de realización de la actividad funcional de las partes y del jurado; se deduce de esta noción que si aquellas 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 458), las partes asistieron tácitamente a la omisión mediante el no ejercicio del derecho al reparo, e intervinieron en las posteriores etapas del proceso y también 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”.

#### Audiencia pública

El artículo 26 de la Ley 41 de 1943 dice que aprobado el dictamen de daños y perjuicios causados por el delito, o vencido el término de prueba, el Secretario pasará el negocio al despacho del Juez, pero la providencia que se dicta no es la de señalamiento de día para la celebración de la audiencia pública, sino la de fijación de día y hora para el sorteo de jurados, a partir de esta fecha, dentro de los cinco días siguientes, las partes tienen derecho para pedir se reemplace a los jurados que estén legalmente impedidos y el sorteo parcial de jurados debe hacerse previa determinación de fecha para la elección. En firme la designación, el Juez ordena correr traslado a los jurados para que estudien el expediente y cumplidos estos requisitos, al tenor del artículo 521 del C. de P. P. es procedente la fijación de día y hora para la celebración del juicio, en estas circunstancias, la audiencia pública no puede realizarse para antes de los cinco días ni para después de veinte días (artículo 458 del C. de P. P.); de manera que por este aspecto el cargo carece de fundamento.

El principio consagrado por el artículo 458, regula de manera preferente la audiencia pública en los juicios de derecho; porque en los juicios por jurado, ese acto se rige de manera especial por las disposiciones del Capítulo III del Código de Procedimiento Penal y de la Ley 4ª de 1943 que lo reformó. En estos juicios, por la realización de actos previos a la diligencia de audiencia, ésta no puede celebrarse dentro de los términos del artículo 458 del C. de P. P.

“No obstante que la violación del principio **“dies a quo non computator in termino”**, que es en la que incurrieron Juez y Tribunal en este proceso, no está enunciada entre los motivos de nulidad procesal y que menos puede estructurar una nulidad de las convencionalmente por la Corte tenidas como constitucionales y que aún aceptando en hipótesis que jurídicamente existen y lo son, la omisión del reclamo oportuno durante el tiempo de la ejecutoria del auto y la intervención del defensor en la audiencia, son en sí y constituyen la aceptación tácita del cómputo errado y el saneamiento también tácito de la posible nulidad”.

“Ello significa, y es concepto que la Corte no puede dejar de omitir, que así como no es jurídico considerar actos procesales sin formas previamente se-

ñaladas, tampoco lo es concebirlos sin referencia a términos preestablecidos, requisitos que, al mismo tiempo que condicionan su validez y sus consecuencias jurídicas, también garantizan los intereses y los derechos de las partes”.

“La nulidad constitucional alegada no existe, y por lo tanto, la causal cuarta tampoco prospera por este motivo. (Casación de Angel María García, de 27 de noviembre de 1946)”.

#### Tercer motivo de nulidad

El artículo 466 del Código de Procedimiento Penal dice que la no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración de la audiencia pública, y agrega que la asistencia del enjuiciado es obligatoria aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación, exceptuando de esta norma el caso contemplado por el artículo 433 o sea cuando se trata de reos ausentes.

La no asistencia de los acusados a la celebración del juicio, no es un hecho constitutivo de nulidad procedimental ni constitucional. La presencia del acusado a este acto tiene como finalidad la de que los jueces de hecho se formen —mediante observación personal del sindicado— un concepto más preciso o exacto acerca de la personalidad del acusado, pero la no asistencia de éste no impide la celebración del juicio, pues de ser esto así, la audiencia pública prácticamente estaría condicionada a la voluntad del acusado, quien podría demorar indefinidamente la terminación del juicio, quebrantando en esta forma los intereses de la justicia y de la sociedad.

Para verificar la audiencia pública no era necesario emplazar a González Vargas, ni declararlo reo ausente, porque el emplazamiento solo es pertinente cuando se trata de notificar el auto de proceder al procesado que no ha sido hallado y para efectos de recibir indagatoria al sindicado, pero como en el caso de estudio no se iba a cumplir ninguna de esas formalidades, el emplazamiento no podía hacerse por no existir disposición legal que la autorice, esta omisión no constituye nulidad. González no concurrió a la diligencia de audiencia pública porque en los días que ésta se celebró, se hallaba prófugo y no había sido capturado, por otra parte, este hecho se relaciona con González Vargas quien no es parte en el recurso de casación.

#### Cuarto motivo de nulidad

A José Ignacio Cortés Sánchez se le llamó a responder en juicio por un doble delito de homici-

dio intencional; desde este punto de vista y para cumplir con el mandato del artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, las preguntas del cuestionario relativas a la responsabilidad, debieron ser dos; una para el homicidio de Garzón y otra para el homicidio de Tejedor, y no una sola para los dos hechos como hizo el Juez del conocimiento.

Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del Jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en un cuestionario no es constitutiva de nulidad.

Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del Jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron al tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del Jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas, pero no una nulidad.

En los delitos de dolo indeterminado, el acto inicial de la cooperación puede ser como aquí uno solo y el cooperador necesario asume la responsabilidad de todos los actos causados por el autor material, sin que ello implique acuerdo previo de intención y voluntad para la realización de todos y cada uno de los delitos ejecutados, de manera que el cuestionario único que contempla la responsabilidad de Cortés Sánchez como cooperador necesario en los homicidios realizados por González Vargas, no tiene fuerza capaz para constituir una nulidad procedimental o constitucional, porque no se menoscabaron con ese acto las garantías defensivas de las cuales podían hacer uso el procesado o el defensor; la omisión de fórmulas en la redacción del cuestionario pudo alegarse en el acto de la audiencia para que previamente fuera subsanado, pero no como nulidad porque la ley no la ha consagrado como tal.

Por otra parte si el pensamiento de los miembros del Jurado hubiera sido el de no aceptar la responsabilidad de Cortés en relación con el homi-

cidio de Tejedor, fácilmente lo hubiera reconocido dentro de la pregunta única del cuestionario, afirmando la coparticipación o coautoría para el homicidio de Garzón y negando esa calidad en relación con la muerte de Tejedor.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

### Causal séptima

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Dice —el recurrente— que el veredicto del Jurado es contradictorio, porque reconoció la circunstancia de la riña, para el homicidio cometido en la persona de Garzón y la negó para el ejecutado en Tejedor; y para los cuestionarios de Cortés afirmó dos cosas distintas, que sí hubo riña, y que no la hubo. Contradicción que resta al veredicto su valor legal.

Alega contradicción del veredicto en cuanto a la responsabilidad de Cortés, porque el Jurado no precisó en su respuesta cuál era el auxilio o cooperación que prestó y sin los cuales no se hubiera cometido el delito; si era auxilio o cooperación ya que estos dos términos entrañan situaciones distintas, pues no es lo mismo ser auxiliador en un delito que ser cooperador en el mismo, y agrega:

“Si Cortés prestó el cuchillo para que González se defendiera del ataque que le hacía Garzón, mal se le puede hacer responsable con dolo de ímpetu o determinado de haberlo prestado para herir a Tejedor, ya que la lesión de éste se produjo precisamente por intervenir en la riña en favor de Garzón”.

Se replica:

No existe contradicción en el veredicto, porque los miembros del Jurado hubieran afirmado la riña para el homicidio cometido en Garzón, y la negación de ésta para el homicidio de Tejedor. Los actos materiales realizados por González se hallan perfectamente separados y especificados en las constancias procesales; cuando se consumó la muerte de Garzón, entre el agresor y el ofendido existió una riña que se concretó en el cambio de golpes de los dos contendores, hubo un lance, un combate singular, un cambio de agresiones mutuas tanto de palabra como de hecho, y al producirse el acto no se contempló esta modalidad; Tejedor con su intervención trató de poner fin a la contienda y fue un mediador para que los protagonistas cesaran en sus ataques, sin que por esto su intervención se pueda calificar como un acto de participación en favor de uno u otro de los contendientes.

Separados los hechos por las diversas circunstancias que concurren a su ejecución, el veredicto que afirma la riña para el primer delito y la niega para el segundo, no es contradictorio porque sus términos no son opuestos. El reconocimiento de esta modalidad para el primer homicidio no destruye ni pugna con la negación de la riña para el segundo, el veredicto es un reflejo exacto de la verdad procesal, y en estas condiciones, no puede hablarse de contradicción porque no la hay.

“Y así ocurridos los sucesos, —dice el colaborador— no se descubre contradicción alguna en los veredictos, como lo alega el recurrente, por la sencilla razón de que la riña existió para un caso, pero no para el otro, como acaba de verse. Eran dos situaciones perfectamente distintas, que el Jurado las separó con gran sentido de equidad y de lógica”.

No hay contradicción del veredicto en lo relativo a la responsabilidad de Cortés, porque el Jurado no hubiera expresado cuál era el auxilio o cooperación prestada por éste a González en la ejecución de los homicidios. El “sí” afirmativo de la responsabilidad de Cortés como cómplice o auxiliar necesario, no se opone a ninguna respuesta de los cuestionarios que se sometieron a su decisión. No era necesaria la explicación de ese veredicto, porque tanto el Juzgado como el Tribunal imputaron a Cortés la realización de un doble homicidio intencional, es decir, en su condición de coautor o cómplice necesario, y no como simple auxiliar.

No es exacta la sugerencia del recurrente, en cuanto a la pretendida diferenciación de nuestra ley en los términos “auxilio y cooperación” empleados en el artículo 19. El legislador tomó estos términos como sinónimos puesto que en la redacción del precepto se expresa del que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un **auxilio o cooperación** sin los cuales no se habría podido cometer; lo fundamental en estos casos, es que ese auxilio o cooperación sea necesario e indispensable para que el hecho se consuma, y es evidente que si Cortés no presta el arma (cuchillo) a González, los delitos —en el caso de estudio— no se hubieran realizado.

“En cuanto a la tercera contradicción —dice la Procuraduría— atinente a la falta de dolo por parte de Cortés respecto del segundo homicidio perpetrado en Tejedor, ese cargo mira directamente a la injusticia del veredicto, que es cuestión ajena al recurso de casación”.

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.

Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley penal, porque en el fallo se ha “aplicado indebidamente el artículo 362 del Código que no es aplicable, puesto que se trata de sancionar dos homicidios cometidos en riña, modalidad reconocida por el Jurado y como los hechos fueron ejecutados en un solo momento, es claro que ambos lo fueron en riña”.

El reconocimiento de la riña para el primer homicidio, necesariamente implica la afirmación de esta modalidad para el segundo, pero el Jurado “creyó innecesario reconocer o volver a nombrar esta circunstancia en el segundo cuestionario y entonces se tendría que la pena imponible para el primer homicidio sería de cuatro años según el artículo 384 del C. P. en armonía con lo dispuesto por el artículo 33 del mismo código, pero como aquí ha reconocido el Tribunal que no existen circunstancias de mayor peligrosidad, este aumento no podría ser más de un año y entonces se tendría que la pena imponible sería la de cinco años y no la de once que le impuso la sentencia”, y agrega:

“También estaría mal aplicado el aumento de la pena en tres años que hizo el Tribunal, al considerar como homicidio más grave el de Tejedor que el de Garzón, porque ese aumento de tres años no se justifica, dado la no existencia de circunstancia de mayor peligrosidad, apenas daría para un aumento a lo sumo de un año más, lo que daría nueve años”.

Se observa:

Al estudiar la causal séptima se demostró la falta de contradicción en los términos del veredicto. El Tribunal de conciencia, frente a la naturaleza de los hechos y teniendo en cuenta la forma como se desarrollaron, reconoció la riña imprevista para el delito consumado en la persona de Garzón, y negó esta circunstancia en lo relativo al homicidio cometido en Tejedor.

Si el Jurado no reconoció la riña para el segundo de los delitos, el Juez de derecho violaría la ley penal y usurparía jurisdicción al hacer extensiva esa modalidad para un hecho que expresamente no la reconoció; si así no fuera, el Juez de derecho también fallaría como Juez de hecho al reconocer el factor riña que modifica y atenúa la responsabilidad de un delito sobre el cual guardó silencio el Tribunal de conciencia. En estos juicios la sentencia tiene como fundamento inmedia-

to el veredicto y los jueces de derecho no pueden ampliar o suplir el pensamiento del Jurado, pues su misión se reduce a interpretar el veredicto para aplicar la sanción de acuerdo con la ley.

En cuanto al hecho de que el Tribunal en la individualización de la pena al tenor del artículo 33 del Código Penal, hubiera apreciado como delito de mayor gravedad el homicidio consumado en la persona de Tejedor para fijar el mínimo de pena y aumentarla en tres años más por la muerte de Garzón, la Sala, no encuentra una razón atendible para desestimar la apreciación del fallador y aceptar, en cambio, la propuesta por el recurrente, en el sentido de que ese aumento de pena sería el de un año como lo insinúa el demandante, en vez de tres que fue la que impuso el Tribunal.

La respuesta del Jurado relativa a la coparticipación necesaria de Cortés en relación con los homicidios consumados por González Vargas, coloca al primero en la situación jurídica de un verdadero coautor, y en tal evento la responsabilidad de los coparticipes es idéntica al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal.

Es cierto que el Tribunal acepta que no existen circunstancias de mayor peligrosidad, y por esta razón la base de pena fue el mínimo fijada en la disposición violada, pero la negación de esas circunstancias —de mayor peligrosidad— no limitó la facultad del juzgador, para que dentro del derecho que le confiere la ley (artículo 33 del C. P.) pueda aumentar la pena “hasta en otro tanto”. Porque en los delitos de dolo indeterminado —como antes se expresó— la intención de causar un daño o el propósito de infringir la ley penal colocan a la persona que presta un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido realizarse el delito, en el evento de responder ante la ley penal por todos los resultados o consecuencias producidos con motivo de dicha cooperación.

“Cortés al entregar el cuchillo a González Vargas, —dice el Tribunal— no lo hizo con intención inocente, sino para que se sirviera de él en su ataque contra Garzón y contra cualquier persona que pudiera ser su adversario reconocido u ocasional. Esto fue lo que ocurrió en el caso de autos; la molestia se inició entre González Vargas y Alfredo Garzón, pero por motivos no muy claros en el expediente, la agresión de aquel se hizo extensiva a Tejedor, circunstancia que sí podía apreciar el auxiliador del autor material de los homicidios, cuando suministró el arma con que éstos se llevaron a cabo. Y es por ello que el mencionado Cortés es responsable moral y materialmente, por ese

auxilio que prestó al autor material en los delitos cometidos por éste, toda vez que su intervención en la realización de esos eventos antijurídicos, fue esencial e indispensable y asumió el carácter de concausa necesaria y principal”.

Por otra parte, es evidente que sin la cooperación de Cortés los homicidios no se hubieran podido realizar. En efecto, González Vargas no portaba arma de ninguna naturaleza y en estas circunstancias es presumible que la riña habida con Garzón no hubiera tenido mayores alcances que las de simples lesiones personales; pero fue precisamente por la cooperación o auxilio dados por Cortés al entregarle el cuchillo a Vargas para que hiciera uso de ese instrumento como se produjeron los hechos que han dado margen a esta investigación; sin ese auxilio o cooperación necesaria y dada la forma como se desarrollaron los acontecimientos, la riña no hubiera tenido mayores consecuencias.

El problema que sobre coparticipación delictuosa plantea la Procuraduría en lo atinente a que esta debe ser dolosa, ya que sin ese elemento fundamental “se rompe la coherencia entre la intención y el hecho criminoso resultante” es un punto que no corresponde definir a la Corte, sino al Jurado y Jueces de instancia, porque ese cargo se vincula directamente con el punto relativo a la responsabilidad y contraevidencia del veredicto; cuestión que, por otra parte, es ajena al recurso de casación.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

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** la sentencia de fecha 9 de septiembre de 1946, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual condena a José Ignacio Cortés Sánchez a la pena principal de **once años de presidio** como responsable de un doble delito de homicidio cometido en las personas de Alfredo Garzón y Rafael Tejedor.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Jorge E. Gutiérrez Anzola.** — **Francisco Bruno.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Ricardo Jordán Jiménez.** — **Domingo Sarasty M.** — **Julio E. Argüello R.,** Secretario.



## DIFERENCIAS ENTRE ROBO, EXTORSION Y ESTAFA

1.—El Código Penal no define el delito de estafa, pero señala los elementos que lo configuran, para que en determinado momento los jueces de derecho en la aplicación de la ley, puedan o no catalogar el hecho como un delito de esta naturaleza. Elementos que pueden sintetizarse así: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

2.—El engaño que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

“El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y así, tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado”.

“El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad”.

“Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víc-

tima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece”.

La lesión de un bien patrimonial, producida por el error y como consecuencia del empleo de engaños o artificios, es la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados, bien sea ésta material o moral, porque este delito no solo puede recaer sobre cosas aprehensibles sino también sobre derechos de propiedad intelectual y lo que la ley protege al sancionar este delito, es el derecho de propiedad.

Por último, la obtención de un provecho ilícito, se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo el agente del delito al recibir el bien perseguido por la creación de una situación falsa debido a medios habilitados que indujeron en error a la víctima para verificar voluntaria la entrega de la cosa. Es claro que entre la entrega del bien —fin perseguido— y el empleo de los medios engañosos o artificios fraudulentos, debe existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra, sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque rota la relación de causalidad, el delito no sería de estafa sino que podría configurar cualquiera otra infracción.

El error producido por el empleo de artificios o engaños es uno de los elementos fundamentales de esta infracción, pues el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador.

Este delito se halla contemplado en el artículo 406 del Código Penal en donde se dice: el que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o

para un tercero un provecho ilícito obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurra en la pena de prisión de ocho meses a cinco años.

Los elementos estructurales de este delito son: Primero, el empleo de amenazas o violencias, o bien la simulación de un cargo de autoridad pública o una falsa orden emanada de la misma; Segundo, el provecho ilícito que se obtiene como producto del delito para sí o para otro; Tercero, el apoderamiento que se obtiene como consecuencia de la entrega, envío, depósito de las cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos.

3.—La amenaza a diferencia de la violencia consiste en la intimidación que se hace a una persona sobre las posibles consecuencias de un mal futuro; ésta no conlleva como la violencia el ejercicio de actos positivos materiales o morales, sino el simple planteamiento de consecuencias graves, si no se accede a la realización del fin perseguido por el agente. En cambio la violencia, si presume el ejercicio de actos materiales o morales sobre la víctima, que sin traspasar la consumación son aptos para la consecución del resultado. La simulación de ser el agente funcionario público, o la presentación de una orden falsa emanada de autoridad no es un elemento distinto de la amenaza o violencia, sino la forma o medio del cual se sirve el agente para que opere su propósito en orden a la consecución del fin propuesto. En otros términos, la simulación o la orden, —en algunos casos— son los resortes o estímulos de la intimidación.

El provecho ilícito, es la consecuencia natural, de un enriquecimiento injusto, sin causa ni título legal. Sin la intención o propósito de lucro, el delito de extorsión no se configura por ausencia de uno de sus elementos.

La obligación de entregar, enviar, depositar o poner a la orden del agente del delito, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, es la resultante de las amenazas o violencias proyectadas sobre la víctima de la infracción. En estos casos, la obtención del bien material no es concomitante con el empleo de la amenaza o violencia, porque generalmente existe un intervalo de tiempo entre el efecto intimidante y

la entrega del bien perseguido, circunstancia que diferencia esta infracción con otras realizadas contra la propiedad.

Podría argüirse que la extorsión y el robo son delitos idénticos, o que la extorsión se confunde con la estafa, pero esta posible objeción se disipa con el análisis de los diversos elementos que los configuran.

En efecto: estos delitos atacan directamente el derecho de propiedad; la extorsión —dijo la Comisión Redactora del C. Penal— es una clase "sui generis de robo", en ambos delitos existe la violencia y la apropiación, con la diferencia que la amenaza o violencia para el robo es concomitante con la apropiación, en cambio, en el segundo, entre la amenaza o violencia y la entrega de la cosa existe cierto intervalo de tiempo que rompe la unidad de coetaneidad entre el momento inicial de la infracción y la consumación de la misma.

"La extorsión —dice Carrara— en el sentido jurídico actual recibe los caracteres de su especialidad de un intervalo de tiempo que debe transcurrir (aunque sea breve) entre la amenaza de un mal y su ejecución. O bien entre la amenaza del mal y el apoderamiento de la cosa. Para tener hurto violento, es necesario que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mato, o bien que con fuerza física haya constreñido a darla. Para tener extorsión, es necesario, en cambio, que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mataré o te quemaré la casa, etc., o bien haya dicho: prométeme darme la cosa o te mato. En una palabra, el mal inminente y el lucro contemporáneo constituyen el hurto violento; el mal futuro o el lucro futuro constituyen la extorsión. La razón de la diferencia consiste, pues, en esto: que cuando el mal amenazado es inminente y la contrectación es contemporánea, aquél es siempre inevitable, y es necesario dar o sufrirlo. En cambio, cuando el mal es futuro o futura la pérdida de la propiedad, hay un intervalo de tiempo que deja posibilidad de evitar el mal amenazado sin perder la cosa. Es por ello que según la noción más exacta de la extorsión, el mal inminente amenazado contra la propiedad se equipara al mal futuro amenazado contra la persona, precisamente porque nunca es tan inevitable como el mal que la mano alzada del malhechor amenaza contra el individuo".

Tampoco hay lugar a la posibilidad de que la estafa se confunda con la extorsión; es evidente que ambas infracciones tienen de común la consecución de un provecho ilícito, y que ambos delitos versan sobre el derecho de propiedad, pero no por participar de estos dos caracteres se confunden la una con la otra.

En la extorsión el resultado se consigue como producto de las amenazas o violencias o por el estímulo de la simulación de autoridad pública o de orden falsa emanada de ésta: es decir, bajo el imperio de una coacción material o moral o de una amenaza sobre posibles contingencias de peligro para la víctima; en la estafa, en cambio, el elemento amenaza o violencia desaparece para dar cabida al artificio o engaño que produce el error, base fundamental para que la cosa se entregue o se destruya. En la extorsión, la víctima del delito hace la entrega de la cosa contra su voluntad, por la amenaza o contingencia de un mal futuro; en la estafa, la entrega de la cosa se realiza libremente con el consentimiento de la víctima pero inducida a él por error proveniente de un engaño, ardid o artificio empleado por el agente activo del delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

#### Vistos:

En el proceso seguido contra Rubén Orozco por un delito de estafa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de octubre 18 de 1946, hizo las declaraciones que a continuación se transcriben:

"1º—Confirmarse el fallo consultado en cuanto por él se condena a Rubén Orozco, de las condiciones civiles conocidas, como responsable del delito de estafa.

"2º— La pena principal que se impone al reo es la de quince meses de prisión y multa de trece pesos moneda corriente.

"3º—Como accesoria se impone también al reo la pena que consiste en la publicación de la sentencia.

"4º—No se suspendió la ejecución de la senten-

cia y, consecuencialmente, Orozco debe purgar el tiempo que le falte para cumplir su condena".

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y el apoderado del recurrente en su debida oportunidad formuló la respectiva demanda.

#### Hechos

Gonzalo Izquierdo puso en conocimiento del Inspector de Policía de Altagracia el hecho de que Antonio María Aristizábal había sido estafado: para comprobar esta aseveración el funcionario se trasladó a casa del denunciante y en ella encontró los elementos de los cuales se habían servido los timadores, por lo cual dispuso que Aristizábal debía comparecer a las oficinas de la Inspección. La práctica de esta diligencia dio margen para que Rubén Orozco aprovechando esta circunstancia cometiera un delito sobre los bienes patrimoniales del denunciante Aristizábal quien los relata así:

"...En efecto, el inspector y el agente de Policía se retiraron de mi casa y quedó allí Rubén Orozco, quien empezó a decirme que yo debía darle al señor Inspector quinientos o seiscientos pesos para que no hiciera nada contra mí y a esas exigencias de él, Orozco, no les presté ninguna atención; ensillé mi bestia y salí acompañado de Orozco en dirección a Altagracia y por todo el camino continúa éste con la cantinela de que debía darle el dinero al señor Inspector para que no me hiciera nada, a lo cual le respondía yo que no tenía por qué darle ningún dinero; llegamos a Altagracia y me entregó a un Agente de Policía, quien me encerró en una pieza y se hizo cargo de mi caballería después de manifestarme que quedaba privado de comunicación; más tarde me sacaron del encierro a la oficina donde se pusieron a escribir y me recibieron una indagatoria y Rubén Orozco aparecía como apoderado y durante la diligencia se dirigían miradas maliciosas el Inspector y Rubén Orozco; firmamos esa diligencia y salimos a la calle y Rubén Orozco le propuso al Inspector que me dejara salir con él a la casa a comer; salí con Orozco a su casa y allí continuó recalcándome acerca de que debía darle dinero al Inspector siquiera quinientos pesos para que no me hiciera nada, pues que esos quinientos pesos apenas representaban el sueldo de cinco meses del inspector que estaba muy pobre, y yo le decía que no tenía dinero, que no podía darle nada, que hicieran lo que quisieran (sic) conmigo, pues Orozco me decía que debía dar esa suma, pues de no me embargaría todo lo que tenía y se me causaban muchos perjuicios; al fin convino (sic) en que les

daría trescientos pesos, pero como no los tenía allí, me dijo Orozco que volviera al día siguiente y me dejaron ir para la casa; al día siguiente regresé como me habían exigido y con el primero que me entendí fue con Rubén Orozco, pues éste era el que más se interesaba en el asunto dizque porque era mi apoderado y me dijo que le diera siquiera ciento cincuenta pesos en ese momento, que los necesitaba con urgencia y yo le di cincuenta pesos, pues no pude conseguir más y le exigí que me expidiera un recibo por esos cincuenta pesos y él me dijo que no, que eso era mejor que no lo supiera nadie y en esa forma me regresé a mi finca; a los pocos días se presentó en la finca el citado Rubén Orozco a exigirme que le diera los doscientos cincuenta pesos restantes, pero yo le dije que no le iba a dar tal dinero y que él iba a tener que firmarme el recibo por esos cincuenta pesos que le había dado y volvió a recalcar sobre la reserva que debía guardar (sic), pero me dijo que no me daría recibo y que más bien me devolvería los cincuenta pesos; esto me lo dijo en presencia del señor Pedro Bermúdez. Ahora el domingo once de los corrientes (abril de 1943) volvió a mi finca por la mañana el mentado Rubén Orozco borracho, a caballo, con un sujeto a quien no conozco, en ancas de su bestia y me dijo que venía por los doscientos cincuenta pesos porque de lo contrario él se iría a la cárcel y que él no tenía por qué sufrir ese perjuicio; yo le dije que no le daba más dinero y mi esposa le dijo también que después de que unos bandidos habían ido a la casa y casi nos habían matado y robado lo que teníamos, venían a pedirnos más dinero ya porque me veían a mí viejo y medio safáo, y en todo caso Orozco y su compañero se retiraron sin que se les hubiera dado dinero alguno; pasado algún rato volvió a presentarse de nuevo a mi casa el nombrado Rubén Orozco portando una boleta de citación en que se me pedía me presentara a la Inspección en asunto criminal; yo le observé que si siendo día de fiesta podía obligarme a ir y me dijo que en asunto criminal no había día de fiesta, y como no sé firmar, le hizo firmar la boleta de citación a Antonio Orozco que se hallaba en mi casa. En todo caso, yo no fui a la cita porque algunos amigos me aconsejaron que no me fuera a dejar robar”.

#### Demanda

Como causal de casación se invoca la del numeral 2º del artículo 567 del Código Penal.

Cuando por errada apreciación o interpretación

Gaceta—6

de los hechos en la sentencia se les atribuye un valor que no tienen o se les niega el verdadero, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad.

Alega el recurrente que en el proceso no está demostrado el cuerpo del delito de estafa, porque Rubén Orozco no se aprovechó de ningún artificio o engaño para inducir en error a Antonio Aristizábal y mediante esta circunstancia hacerse entregar la suma de cincuenta pesos.

Contra Aristizábal cursaba un proceso y Orozco fue nombrado apoderado para que lo atendiera en esas diligencias; la suma recibida por Orozco —cincuenta pesos— representan el valor de la defensa, hecho que es permitido por la ley, y agrega:

“Dónde pues el engaño, la superchería, la mentira, el dolo y el fraude contra el patrimonio de Aristizábal? No lo veo por parte alguna. Esta sola circunstancia es suficiente, señor Magistrado, para que se case la sentencia recurrida y se dicte el respectivo fallo, revocando el que dictó el Tribunal y revocando también el que dictó el Juzgado de primera instancia, porque el cuerpo del delito de estafa no está configurado en este proceso, como bien lo he demostrado”.

También se acusa la sentencia porque el Tribunal estimó erróneamente las circunstancias de mayor peligrosidad, hecho que llevó a los “falladores de primera y segunda instancias a dar una aplicación diferente a las disposiciones legales que rigen la materia”, violando en esta forma el derecho consagrado por el artículo 80 del C. P. para que la pena impuesta a su poderdante no hubiera sido suspendida en sus efectos.

Los hechos anteriores sirven de base para acusar la sentencia y tener como violadas —por el Tribunal— las disposiciones de los artículos 203 del C. de P. P., 80 y 408 del C. P.

#### Concepto del Procurador

El Procurador Delegado en lo Penal pide se invalide la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva al procesado Rubén Orozco del delito de estafa que se le imputó en el auto de proceder, porque en su concepto, la causal segunda está probada por el “aspecto radical de la inexistencia del delito de estafa”.

Los fundamentos que sirven de premisas para llegar a esta conclusión, no son —en ningún caso— los expuestos por el recurrente; el colaborador sostiene como tesis central de su estudio que el delito imputado a Orozco, no es el de estafa por el

cual fue sancionado sino el de extorsión, cargo que no se le imputó en el auto de proceder.

Analiza detenidamente las pruebas y plantea el interrogante de que si con ellas se ha demostrado la existencia de un delito de estafa; y, opina que no. Estudia los elementos estructurales de esta figura delictual y al referirse al error consecuencia del artificio o engaño dice "que no es cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin ella, no hubiera entregado la cosa" y posteriormente agrega:

"Del mismo modo, cuando la víctima entrega la cosa, no por virtud del ardid ni por fuerza del error, sino apremiada por las circunstancias, ejerciéndose sobre ella una constricción psíquica o intimidación, entonces la estafa desaparece y se actualiza, en cambio, un delito de naturaleza distinta. Aparecerá entonces la concusión, si la amenaza o la violencia moral proyectada sobre el ofendido procede de un empleado o funcionario público; o una extorsión, si emana de un particular.

"La estafa, la concusión y la extorsión tienen de común el hecho de que la víctima entrega la cosa que se le requiere; pero en la estafa, lo hace por virtud de engaño y error y seducida por las ventajas o halagos que cree encontrar en las doradas promesas del estafador; en tanto que en la concusión y en la extorsión, al perjudicado no se le seduce, sino que se le atemoriza. En estos últimos casos, la víctima concede la prestación para evitarse el perjuicio que la amenaza".

"Tal lo que ha ocurrido en el presente asunto".

Se considera:

El problema por resolver radica en saber si está o no demostrado el cuerpo del delito, y si los hechos que dieron margen a esta investigación configuran o no una infracción de estafa, pues, es natural que si no se halla comprobado este elemento, la causal alegada por el apoderado del recurrente y sostenida por el Agente del Ministerio Público, conduciría a la invalidación del fallo recurrido.

#### Estafa

El Código Penal no define el delito de estafa, pero señala los elementos que lo configuran, para que en determinado momento los jueces de derecho en la aplicación de la ley, puedan o no catalogar el hecho como un delito de esta naturaleza, elementos que pueden sintetizarse así: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de

un bien patrimonial; y c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito.

El engaño que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

"El error —dice la Procuraduría— es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado.

"El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno, lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

"Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece".

La lesión de un bien patrimonial, producida por el error y como consecuencia del empleo de engaños o artificios, es la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados, bien sea éste material o moral, porque este delito no solo puede recaer sobre cosas aprehensibles sino también sobre derechos de propiedad intelectual y lo que la ley protege al sancionar este delito, es el derecho de propiedad.

Por último, la obtención de un provecho ilícito, se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo el agente del delito al recibir el bien perseguido por la creación de una situación falsa debi-

do a medios habilidosos que indujeron en error a la víctima para verificar voluntariamente la entrega de la cosa. Es claro que entre la entrega del bien —fin perseguido— y el empleo de los medios engañosos o artificios fraudulentos, debe existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra, sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque rota la relación de causalidad, el delito no sería de estafa sino que podría configurar cualquiera otra infracción.

El error producido por el empleo de artificios o engaños es uno de los elementos fundamentales de esta infracción, pues el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador.

#### Extorsión

Como el Procurador Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda, sostiene que el delito imputado al procesado no es una estafa sino una extorsión, es necesario estudiar esta infracción.

Este delito se halla contemplado en el artículo 406 del Código Penal en donde se dice: el que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurre en la pena de prisión de ocho meses a cinco años.

Los elementos estructurales de este delito son: Primero, el empleo de amenazas o violencias, o bien la simulación de un cargo de autoridad pública o una falsa orden emanada de la misma; Segundo, el provecho ilícito que se obtiene como producto del delito para sí o para otro; Tercero, el apoderamiento que se obtiene como consecuencia de la entrega, envío, depósito de las cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos.

La amenaza a diferencia de la violencia consiste en la intimidación que se hace a una persona sobre las posibles consecuencias de un mal futuro; ésta no conlleva como la violencia el ejercicio de actos positivos materiales o morales, sino el simple planteamiento de consecuencias graves, si no se accede a la realización del fin perseguido por el agente. En cambio la violencia, sí presume el ejer-

cicio de actos materiales o morales sobre la víctima, que sin traspasar la consumación son aptos para la consecución del resultado. La simulación de ser el agente funcionario público, o la presentación de una orden falsa emanada de autoridad no es un elemento distinto de la amenaza o violencia, sino la forma o medio del cual se sirve el agente para que opere su propósito en orden a la consecución del fin propuesto. En otros términos, la simulación o la orden, —en algunos casos— son los resortes o estímulos de la intimidación.

El provecho ilícito, es la consecuencia natural, de un enriquecimiento injusto, sin causa ni título legal. Sin la intención o propósito de lucro, el delito de extorsión no se configura por ausencia de uno de sus elementos.

La obligación de entregar, enviar, depositar o poner, a la orden del agente del delito, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, es la resultante de las amenazas o violencias proyectadas sobre la víctima de la infracción. En estos casos, la obtención del bien material no es concomitante con el empleo de la amenaza o violencia, porque generalmente existe un intervalo de tiempo entre el efecto intimidante y la entrega del bien perseguido, circunstancia que diferencia esta infracción con otras realizadas contra la propiedad.

#### Extorsión, robo y estafa.— Sus diferencias

Podría argüirse que la extorsión y el robo son delitos idénticos, o que la extorsión se confunde con la estafa, pero esta posible objeción se disipa con el análisis de los diversos elementos que los configuran.

En efecto: estos delitos atacan directamente el derecho de propiedad; la extorsión, dijo la Comisión Redactora del Código Penal, es una clase "sui generis de robo", en ambos delitos existe la violencia y la apropiación; con la diferencia que la amenaza o violencia para el robo es concomitante con la apropiación, en cambio, en el segundo, entre la amenaza o violencia y la entrega de la cosa existe cierto intervalo de tiempo que rompe la unidad de coetaneidad entre el momento inicial de la infracción y la consumación de la misma.

"La extorsión —dice Carrara— en el sentido jurídico actual recibe los caracteres de su especialidad de un intervalo de tiempo que debe transcurrir (aunque sea breve) entre la amenaza de un mal y su ejecución. O bien entre la amenaza del mal y el apoderamiento de la cosa. Para tener

hurto violento, es necesario que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mato, o bien que con fuerza física haya constreñido a darla. Para tener extorsión, es necesario, en cambio, que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mataré o te quemaré la casa, etc., o bien haya dicho: promete darme la cosa o te mato. En una palabra, el mal inminente y el lucro contemporáneo constituyen el hurto violento; el mal futuro o el lucro futuro constituyen la extorsión. La razón de la diferencia consiste, pues, en esto: que cuando el mal amenazado es inminente y la contrectación es contemporánea, aquél es siempre inevitable, y es necesario dar o sufrirlo. En cambio, cuando el mal es futuro o futura la pérdida de la propiedad, haya un intervalo de tiempo que deja posibilidad de evitar el mal amenazado sin perder la cosa. Es por ello que según la noción más exacta de la extorsión, el mal inminente amenazado contra la propiedad se equipara al mal futuro amenazado contra la persona, precisamente porque nunca es tan inevitable como el mal que la mano alzada del malhechor amenaza contra el individuo”.

Tampoco hay lugar a la posibilidad de que la estafa se confunda con la extorsión; es evidente que ambas infracciones tienen de común la consecución de un provecho ilícito, y que ambos delitos versan sobre el derecho de propiedad, pero no por participar de estos dos caracteres se confunden la una con la otra.

En la extorsión el resultado se consigue como producto de las amenazas o violencias o por el estímulo de la simulación de autoridad pública o de orden falsa emanada de ésta; es decir, bajo el imperio de una coacción material o moral o de una amenaza sobre posibles contingencias de peligro para la víctima; en la estafa, en cambio, el elemento amenaza o violencia desaparece para dar cabida al artificio o engaño que produce el error, base fundamental para que la cosa se entregue o se destruya. En la extorsión, la víctima del delito hace la entrega de la cosa contra su voluntad, por la amenaza o contingencia de un mal futuro; en la estafa, la entrega de la cosa se realiza libremente con el consentimiento de la víctima pero inducida a ello por error proveniente de un engaño, ardid o artificio empleado por el agente activo del delito.

#### Estudio del delito

Analizados los elementos que integran los delitos de estafa y extorsión, y establecidas las diferencias que los separan, es preciso examinar el

acto realizado por Orozco para saber las conclusiones que hayan de adoptarse en esta sentencia.

El valor de cincuenta pesos (\$ 50.00) que Orozco recibió del denunciante Aristizábal, fue por haber inducido a éste en error por medio de artificios o engaños?

Naturalmente que no. El acto inicial preparativo de la consumación del delito, solo se exteriorizó en la manifestación que Orozco hizo a su víctima de que le entregara la suma de quinientos o seiscientos pesos para que el Inspector no le hiciera nada; exigencias que se repitieron con mayor ahinco en el trayecto recorrido hasta Altagracia, en donde preventivamente se le detuvo hasta recibirle la declaración indagatoria; concluida la diligencia Orozco llevó a su casa de habitación al denunciante en donde “continuó recalcándome acerca de que debía darle dinero al Inspector siquiera quinientos pesos (\$ 500.00) para que no me hiciera nada, pues esos quinientos pesos apenas representaban el sueldo de cinco meses del Inspector que estaba muy pobre”.

La amenaza de que el Inspector no le hiciera nada, ¿en qué males futuros podría traducirse para los intereses de Aristizábal?

Dos eran las posibles consecuencias que de la negativa de su acto podían resultar; una, de orden personal privativa de su libertad individual como resultado de la detención; y otra, de orden patrimonial relativa al embargo de bienes que se le haría si no daba lo que reclamaba Orozco. Y ante la posible realización de esos hechos, e intimidado por la amenaza de que sería detenido y por el embargo de sus bienes patrimoniales, Aristizábal optó por el camino de menor resistencia, y su voluntad se inclinó a aceptar la propuesta de Orozco, ofreciendo la suma de trescientos pesos para que “el Inspector no le hiciera nada” de los cuales entregó la cantidad de cincuenta pesos al día siguiente de haber aceptado el convenio.

¿La entrega de esta suma —cincuenta pesos— la hizo libremente Aristizábal?

No. Porque el denunciante estaba convencido de que no había cometido ningún delito, oponía resistencia a esa exacción de sus bienes, así lo expresó por repetidas veces a Orozco; solo ante la detención que precedió a la indagatoria convino en darle la suma pactada. En esa forma no podía ni puede configurarse el delito de estafa, porque en este ilícito la entrega de la cosa se hace voluntariamente, mientras que en el caso de estudio, los cincuenta pesos se entregaron bajo la presión de una amenaza o intimidación, constreñido moral-

mente por la realización de un mal futuro, y fue precisamente para evitar consecuencias más graves en sus intereses que aceptó la propuesta de Orozco.

En estas condiciones el delito de estafa, carece de uno de los elementos indispensables para su existencia jurídica. No hubo artificios o engaños capaces de inducir en error a su víctima, no existió consentimiento o voluntad deliberada para entregar libremente la cosa, por el contrario, hubo oposición y resistencia moral para despojarse de un bien patrimonial en beneficio del timador, si la entrega se verificó no fue por error sino por amenaza, por la intimidación, por la coacción moral de que se realizara un peligro futuro; y entonces el hecho cometido por Orozco es un típico delito de extorsión, porque lo que configura este delito es la situación creada subjetivamente en la víctima por la realización del hecho con el cual se le amenaza.

Orozco en su afán de apoderarse de los trescientos pesos, viajó en repetidas ocasiones a casa de Aristizábal con el fin de obtener el cumplimiento exacto de lo convenido. Le exigió la entrega de los doscientos cincuenta pesos y para el caso de que no le cumpliera, le expresó que se iría a la cárcel, pero como Aristizábal se opusiera, Orozco le presentó una boleta de citación para que compareciera a la Inspección donde se lo necesitaba para practicar una diligencia en un asunto criminal, Aristizábal no concurrió a la cita porque algunos amigos le dijeron que lo que pretendía era robarlo; fue entonces cuando dio el correspondiente denuncia que dio margen a esta investigación. De manera que en ese supuesto la entrega de los cincuenta pesos no fue libre, por consiguiente, la estafa no existe, por no estar comprobado el cuerpo del delito.

En cambio la extorsión encuentra plena confirmación en los autos. En efecto: Orozco confesó haber recibido los cincuenta pesos, de esto dan cuenta los testigos presenciales Antonio Orozco Buitrago, Pedro María Bermúdez y Florentino Castaño, los que afirman que Aristizábal le exigió a Orozco un recibo de esa cantidad, quien manifestó que no le daba ningún recibo y que le devolvería dicha suma; y los testigos Fabio Correa, Germán y Bernardo Toro, dan cuenta de "los rumores que circularon en la región de Altigracia, en el sentido de que el Inspector Roberto Monroy y Rubén Orozco habían excarcelado al señor Aristizábal, con el compromiso de que éste les daría "una crecida suma de dinero" (fjs. 11 v. a la 12 v.)".

En cuanto a las amenazas o violencias ejercidas sobre Aristizábal para la entrega de los cincuenta pesos, ellas se encuentran analizadas en la parte anterior de este fallo, y la entrega se comprueba con la prueba testimonial.

El Tribunal al confirmar el auto de proceder hizo las siguientes afirmaciones:

"Resumen de esto, es que hay más de un testimonio proveniente de persona hábil para declarar y que ofrece las mayores condiciones de credibilidad, para demostrar que Rubén Orozco, procesado, recibió del señor Antonio Aristizábal la suma de \$ 50.00, haciéndole creer **que solo entregando una determinada cantidad por su conducto al Inspector de Altigracia, lograría preservar su libertad amenazada por el hallazgo de algunos elementos que el Inspector acusado juzgaba idóneos para falsificar billetes de banco.**

"... Considerando:

"...c) Que encontrando en el proceso más de dos testigos hábiles y de la mayor excepción dan cuenta de la confesión hecha en su presencia por el procesado de haber recibido \$ 50.00 sin que haya insinuado siquiera a qué título recibió ese dinero, siendo por tanto de presumir **que el señor Aristizábal le entregó esa suma constreñido moralmente por el procesado, para obtener determinados fines en el proceso que por circulación o falsificación de moneda falsa (sic) se le instruya, se concluye que hay fundamento suficiente para dictar aquel auto contra Orozco**".

"Lo cual quiere decir que en el auto de proceder se incurrió en un claro error sobre la denominación jurídica del delito, que es uno de los motivos que acarrearán nulidad del juicio.

"Esta sería la solución que habría de dársele en estricto rigor al caso de autos; pero como la causal cuarta de casación no ha sido invocada por el demandante, la Corte no podrá tomarla en cuenta por virtud de la prohibición contenida en el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal. En tal emergencia, no queda otro camino que aceptar la tesis del recurrente, de que el cuerpo del delito de estafa no se halla demostrado, pues esta es una realidad procesal y jurídica.

"La absolución de Orozco por dicha infracción se impone, no por las razones alegadas por el señor apoderado, de que su cliente recibió honestamente los cincuenta pesos para atender a la defensa de Aristizábal —hecho que jamás ha reconocido el procesado—, sino porque el delito cometido fue otro.

“Y en estas condiciones tampoco cabe disponer que la investigación contra Orozco continúe por concusión o por extorsión, pues a ello se opone la terminante norma del artículo 103 del Código de Procedimiento, que dice:

“El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta”.

Afirma el recurrente que no está comprobado el cuerpo del delito de estafa, porque los cincuenta pesos que Aristizábal entregó a Orozco fue como honorarios, puesto que el procesado era su defensor, en tal evento, los cincuenta pesos tenían como móvil una causa lícita.

Esta argumentación parte de una mera hipótesis: Orozco no fue nombrado defensor de Aristizábal, su actuación se redujo a servir de apoderado único y exclusivamente para el acto de la indagatoria, terminada esta diligencia Orozco cesaba en el ejercicio de su cargo, y si usó de un falso título —en el caso de estar probados los otros elementos de la estafa— también hubiera cometido ese delito, pues, siendo el título una condición que habilita a una persona para ejercer determinadas funciones, el que se aprovecha de él sin poseerlo, como por ejemplo, el que se dice abogado sin tener esa calidad y se aprovecha de una condición o ven-

taja profesional para inducir a una persona en error, por ese solo hecho se coloca dentro de la disposición penal violada.

De manera que este argumento no serviría para casar la sentencia en el supuesto —como se dice anteriormente— de estar probados los otros elementos de la estafa, pero como el recurrente al invocar la causal 2ª de casación se ha fundado en abstracto en no estar comprobado el cuerpo del delito de estafa y esto es lo que en realidad ha resultado, la sentencia debe casarse.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, INVALIDA la sentencia de fecha dieciocho de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y en su lugar ABSUELVE a Rubén Orozco de los cargos que se le imputaron en el auto de proceder

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.



## VEREDICTO DEL JURADO. — SU ALCANCE. — HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO

1.—En los juicios por jurados, a diferencia de lo que ocurre en los juicios de derecho, la calificación de los elementos que integran el delito en su doble aspecto se hace por medio de los jueces de conciencia o tribunal popular. Estos son los que, en definitiva, deciden si los elementos acumulados en el proceso comportan la realización de un hecho material, y si el agente que lo ejecuta es responsable ante la ley penal.

La determinación de la responsabilidad es función privativa del Jurado, y la misión del Juez de derecho es la de interpretar el veredicto o la respuesta del jurado para encajarla dentro de las disposiciones de la ley penal que reprimeñ el hecho previamente reconocido por los jueces populares. Por esto se ha dicho que la base de la sentencia tiene por fundamento inmediato el veredicto, y la sentencia que rebasa los límites del veredicto, bien sea excediéndose o limitando la responsabilidad reconocida por el jurado, estaría en franco desacuerdo con él y, por consiguiente, es casable por la causal tercera del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

El veredicto del jurado contiene dos elementos: El "sí", adverbio afirmativo de la realización del hecho material, y la frase o adición explicativa contenida en los términos "pero sin la intención clara de producir la muerte". Si el Jurado expresamente descarta el factor intencional mediante la duda o incertidumbre que contiene la frase adicional, si niega la posibilidad de que la muerte se produjo como consecuencia de un dolo intencional, el juzgador no podría ni puede darle otro alcance distinto de aquel que el Jurado quiso reconocer.

Y si el veredicto no contiene ninguna declaración expresa sobre la calidad de la infracción, el Juez o Tribunal no puede suplir el pensamiento del Jurado para declarar una responsabilidad que el Tribunal popular no reconoció, o deliberadamente omitió; en otras palabras la frase explicativa del veredicto, "sí", "pero sin la intención

clara de producir la muerte" no es equivalente a ésta: SI, PERO CON EL PROPOSITO DE CAUSAR UNA LESION PERSONAL. Si esta última que en calidad de hipótesis presenta la Sala, hubiera sido la respuesta del Tribunal popular, entonces sí se habría estado en presencia de un homicidio preterintencional, y desde luego, sería inatacable el fallo; pero no pasó así, el Jurado eliminó una intención dejando sin su elemento más caracterizado al homicidio y sin haber precisado, ninguno otro. Puesto que si se trata de lesiones intencionales, el propósito debe ser igualmente reconocido, y si se quiere plantear un caso de culpa, también deben figurar los atributos de esta infracción, y cuando esos requisitos se omiten, es como si el Jurado no se hubiera definido por ningún hecho delictuoso.

Es obvio que en los delitos de homicidio intencional o preterintencional deben concurrir los dos elementos básicos de la infracción, que los separan y especifican como entidades delictuosas diferentes unas de otras. Y para que los hechos que los configuran puedan ser objeto de sanción penal, es necesario que el jurado expresamente declare el dolo, propósito o intención que informa cada uno de estos ilícitos.

2.—Todos los tratadistas de derecho penal están de acuerdo en reconocer la existencia de un dolo en el homicidio preterintencional, con la circunstancia que para unos penalistas ese elemento se informa por las nociones de dolo en cuanto a la intención de lesionar y culpa en relación con el resultado de la acción; para otros, es el reconocimiento expreso de un dolo preterintencional, o el dolo indirecto de que habla Florián, o el dolo indeterminado que expresa Alimena. Pero cualquiera que sea la noción que informa este elemento, el dolo es la base fundamental que tipifica la figura del homicidio preterintencional.

Nuestro Código especifica este delito por el resultado de la acción que sobrepasa a la

intención o fin que el agente se propone realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de menor entidad de que efectivamente se exterioriza; es decir, el resultado de la acción supera el fin o la intención del autor, porque éste solo tiene como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

“Por lo tanto —dice la Procuraduría—, el homicidio preterintencional es una figura caracterizada, con entidad propia. El representa una de las tres grandes categorías en que se divide el homicidio doloso, culposo o ultraintencional”.

3.—Si el homicidio preterintencional es un delito específico con entidad propia que lo diferencia de los demás, para que sea objeto de sanción penal es necesario que así lo declare expresamente el Jurado, no solo en relación con el hecho material sino también respecto del factor intencional, punto básico para que el Juez pueda encajar el hecho en la disposición del artículo 365 del Código Penal.

4.—Si el Jurado afirma la realización del hecho por su aspecto material y niega la intención de matar, el veredicto no puede interpretarse como declarativo de una responsabilidad con carácter de preterintencional, pues destruida la unidad y correspondencia de estos elementos, se rompe el principio de causalidad que debe existir entre la intención y el resultado ya que la responsabilidad no se ha individualizado en relación con determinada especie de homicidio.

5.—Cuando el Jurado —dentro del sistema del cuestionario único— responde afirmativamente que el procesado es el autor del hecho material y niega la cuestión referente a la intención o propósito de matar, bien puede suceder que el pensamiento de los jueces de conciencia fue el de reconocer la existencia de otro hecho.

Lo que ocurre es que en una respuesta como la que se estudia, la decisión del Jurado en cuanto a la responsabilidad es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los sistemas legales para que el Tribunal popular hubiera aclarado su pensamiento. Porque si no hubo intención de matar, es necesario saber si hubo el propósito de herir únicamente y la muerte se produjo por

exceso en la acción física o por un hecho subsiguiente dependiente de una actividad de la víctima o de un tercero, o por negligencia o imprudencia, elementos que dentro de la función interpretativa del veredicto no pueden suplirse por los juzgadores de derecho.

Es cierto que el veredicto del jurado reconoció el elemento material del delito —acción física— pero también es evidente que en su adición explicativa negó el factor intencional cuando expresó “pero sin intención clara de producirle la muerte”; si la intención de matar es clara, es lógico pensar que los miembros del Jurado no afirmaron la responsabilidad como una cosa cierta y evidente porque en su ánimo surgió la duda en cuanto al propósito que efectivamente tuvo el delincuente y por esto negó el dolo de propósito, pero esta negativa no implica —necesariamente—, el reconocimiento del dolo preterintencional, porque destruido el factor espiritual elemento componente del delito, la infracción queda desintegrada por ausencia de responsabilidad y en tal evento la Corte en abundante jurisprudencia ha optado por la absolución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

#### Vistos:

En sentencia de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Eliud Potes a la pena principal de seis años tres meses de presidio, como responsable del homicidio cometido en la persona de Gabino Cuesta.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y se invoca como causal de la demanda, la del numeral tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

#### Hechos

“El veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, en las horas de la mañana, en Opopodó jurisdicción del Municipio de Nóvita, Intendencia Nacional del Chocó, hubo un encuentro entre los señores Gabino Cuesta y Eliud Potes, en el cual fue gravemente lesionado el primero y murió poco después. Según las constancias procesa-

les, en la fecha indicada los señores Cuesta y Potes estuvieron en la cantina de Ana de Jesús Garcés, libando algunas copas; de allí se dirigieron a la casa de Eduvina Mosquera en donde se encontraba la señora Pérsides Quejada Mosquera con quien Gabino Cuesta estableció conversación; en tales momentos el sindicado Potes, en calidad de chanzá, se puso a arrojarle piedritas, con una de las cuales lesionó a Gabino Cuesta en el pómulo izquierdo; entonces Cuesta se dirigió a la cantina de Ana de Jesús Garcés, y allí Potes le hizo una curación rápida. Habiéndose retirado hacia su casa Gabino Cuesta, regresó posteriormente con ánimo de vengarse, con un pequeño machete, pero la intervención de varios amigos le impidió realizar su propósito, a tiempo que el señor Eliud Potes fue advertido de los propósitos de su contendor. Serenados los ánimos, pasado algún tiempo, se presentó de improviso el señor Eliud Potes con una peñilla de tres canales en la mano y al ver a Gabino Cuesta, quien se encontraba recostado en la playa, se le fue encima y sin discusión, ni riña de ninguna especie, le lanzó un planazo en la cabeza, a consecuencia del cual falleció pocas horas después”.

#### Relación procesal

Cumplidas las formalidades legales, el Juzgado calificó el mérito del sumario por auto de octubre dos de mil novecientos cuarenta y cinco, y en esa providencia se formuló al procesado el cargo de haber cometido un delito de homicidio agravado (asesinato) por la circunstancia de haber realizado el hecho “tomando indefensa y desprevenida a la víctima; a traición, según lo afirman los testigos”.

En la audiencia pública verificada el día cuatro de abril de mil novecientos cuarenta y seis, se sometió a la consideración de los miembros del jurado el siguiente cuestionario:

“El acusado Eliud Potes, es responsable de haber dado muerte al señor Gabino Cuesta Lemus, por medio de un golpe causado con arma contundente (sic), que le fracturó el cráneo, produciendo hemorragia de la arteria temporal; acto para el cual obró el acusado a traición, hallándose la víctima indefensa o en condiciones de inferioridad; hecho que tuvo lugar el veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942), en el corregimiento de Opogodó, Municipio de Nóvita, Intendencia Nacional del Chocó?”.

La respuesta del Jurado fue:

“Sí, pero sin intención clara de producirle la muerte”.

En desarrollo de este veredicto, e interpretando la expresión adicional del Jurado, como negativa de la realización de un homicidio intencional, pero afirmativa de un fenómeno jurídico difereente, tanto el Juzgado como el Tribunal condenaron al procesado como responsable de un homicidio preterintencional que el Código Penal colombiano reprime y sanciona en su artículo 365, y le impusieron la pena de seis años tres meses de presidio.

#### Demanda de casación

Como causal de casación se invoca la del numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal:

No estar la sentencia en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder, o estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

El recurrente después de transcribir el cuestionario y la respuesta emitida por los jueces de conciencia dice:

“Descartada por el Jurado la intención de matar, el señor Juez ha debido en desarrollo del veredicto absolver al acusado y no condenarle como lo hizo en la sentencia de primer grado. El honorable Tribunal, en la sentencia de segunda instancia objeto de recurso de casación para confirmar la del juez a quo, se dedica a razonar sobre el homicidio preterintencional, sin tener en cuenta que en la parte motiva del auto de proceder no se configuró ni comprobó plenamente el cuerpo del delito y que este tipo de homicidio preterintencional a que alude el sentenciador con argumentos inaceptables no fue objeto de base”.

Para sustentar los fundamentos de la causal alegada, transcribe algunos apartes de las sentencias proferidas por la Corte —Sala Penal—, de fecha agosto 17 de 1945; febrero 25 de 1946, y mayo 21 de 1945, y concluye su demanda con la petición de que se case la sentencia “por haber violado el Tribunal sentenciador la causal tercera de casación”

Se considera:

En los juicios por jurados, a diferencia de lo que ocurre en los juicios de derecho, la calificación de los elementos que integran el delito en su doble aspecto se hace por medio de los jueces de conciencia o tribunal popular. Estos son los que, en definitiva, deciden si los elementos acumulados en el proceso comportan la realización de un hecho material, y si el agente que lo ejecuta es responsable ante la ley penal.

La determinación de la responsabilidad es función privativa del Juri, y la misión del Juez de

derecho es la de interpretar el veredicto o la respuesta del Jurado para encajarla dentro de las disposiciones de la ley penal que reprimen el hecho previamente reconocido por los jueces populares. Por esto se ha dicho que la base de la sentencia tiene por fundamento inmediato el veredicto, y la sentencia que rebasa los límites del veredicto, bien sea excediéndose o limitando la responsabilidad reconocida por el jurado, estaría en franco desacuerdo con él y, por consiguiente, es casable por la causal tercera del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Los falladores de instancia expresamente declaran que el veredicto por una parte reconoce la realización del hecho material y por otra niega la intención o propósito de matar; en otros términos, afirman el elemento material de la infracción, pero a la vez niegan el elemento moral, o sea el dolo específico que caracteriza la responsabilidad. Sin embargo el Juzgado y el Tribunal sostienen que el veredicto puede interpretarse como la declaración o reconocimiento de un homicidio preterintencional. Conclusión que la deducen de la forma como se desarrollaron los hechos y de la manera como se ejecutó el ilícito.

Pero a esta afirmación no se llega por la interpretación que ofrece el veredicto sino por la forma como se desarrollaron los hechos y la manera como se ejecutó el delito, y así afirma el Tribunal:

“Y como según las constancias procesales, aparece que el sindicado Potes si bien no tuvo intención de matar, si se propuso causar una lesión personal, ello indica que la respuesta del Jurado debe armonizarse con los resultados del informativo. De esta manera, se aclara que la intención del señor Eliud Potes fue la de causar una lesión personal a Gabino Cuesta Lemus”.

“Juzgando los acontecimientos —dice la Procuraduría— en puro derecho, puede que lo resuelto por el Tribunal se ajuste a la verdad; pero, en tratándose de los juicios en que interviene el Jurado, la sentencia haya que adaptarla a la calificación que él dé a los hechos punibles. El juzgador no puede, por lo mismo, llenar los vacíos que deje el Tribunal popular, ni menos apartarse de lo resuelto por éste para acomodar la responsabilidad del delincuente a una determinada norma legal cuyos presupuestos no surgen con claridad del veredicto”.

El veredicto del jurado contiene dos elementos: El “sí”, adverbio afirmativo de la realización del hecho material, y la frase o adición explicativa

contenida en los términos “pero sin la intención clara de producirle la muerte”. Si el Jurado expresamente descarta el factor intencional mediante la duda o incertidumbre que contiene la frase adicional, si niega la posibilidad de que la muerte se produjo como consecuencia de un dolo intencional, el juzgador no podría ni puede darle otro alcance distinto de aquel que el jurado quiso reconocer.

Y si el veredicto no contiene ninguna declaración expresa sobre la calidad de la infracción, el Juez o Tribunal no puede suplir el pensamiento del jurado para declarar una responsabilidad que el Tribunal popular no reconoció, o deliberadamente omitió; en otras palabras, la frase explicativa del veredicto, “sí, pero sin intención clara de producir la muerte.” no es equivalente a ésta: **Sí, pero con el propósito de causar una lesión personal.** Si esta última que en calidad de hipótesis presenta la Sala, hubiera sido la respuesta del Tribunal popular, entonces sí se habría estado en presencia de un homicidio preterintencional, y desde luego, sería inatacable el fallo; pero no pasó así, el Jurado eliminó una intención dejando sin su elemento más caracterizado el homicidio y sin haber precisado ninguno otro. Puesto que si se trata de lesiones intencionales, el propósito debe ser igualmente reconocido, y si se quiere plantear un caso de culpa, también deben figurar los atributos de esta infracción, y cuando esos requisitos se omiten, es como si el Jurado no se hubiera definido por ningún hecho delictuoso.

Es obvio que en los delitos de homicidio intencional o preterintencional deben concurrir los dos elementos básicos de la infracción, que los separan y especifican como entidades delictuosas diferentes unas de otras. Y para que los hechos que los configuran puedan ser objeto de sanción penal, es necesario que el Jurado expresamente declare el dolo, propósito o intención que informa cada uno de estos ilícitos.

Todos los tratadistas de derecho penal están de acuerdo en reconocer la existencia de un dolo en el homicidio preterintencional, con la circunstancia de que, para unos penalistas, ese elemento se informa por las nociones de dolo en cuanto a la intención de lesionar y culpa en relación con el resultado de la acción; para otros, es el reconocimiento expreso de un dolo preterintencional, o el dolo indirecto de que habla Florián, o el dolo indeterminado que expresa Alimena. Pero cualquiera que sea la noción que informa este elemento, el dolo es la base fundamental que tipifica la figura del homicidio preterintencional.

Nuestro Código especifica este delito por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propone realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de menor entidad del que efectivamente se exterioriza; es decir, el resultado de la acción supera el fin o intención del autor, porque éste solo tiene como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

“Por tanto —dice la Procuraduría—, el homicidio preterintencional es una figura caracterizada, con entidad propia. El representa una de las tres grandes categorías en que se divide el homicidio por el aspecto de su elemento intencional, a saber: homicidio doloso, culposo o ultraintencional”.

Si el homicidio preterintencional es un delito específico con entidad propia que lo diferencia de los demás, para que sea objeto de sanción penal es necesario que así lo declare expresamente el Jurado, no solo en relación con el hecho material sino también respecto del factor intencional, punto básico para que el Juez pueda encajar el hecho en la disposición del artículo 365 del Código Penal.

Si el Juri afirma la realización del hecho por su aspecto material y niega la intención de matar, el veredicto no puede interpretarse como declarativo de una responsabilidad con carácter de preterintencional, pues destruida la unidad y correspondencia de estos elementos, se rompe el principio de causalidad que debe existir entre la intención y el resultado ya que la responsabilidad no se ha individualizado en relación con determinada especie de homicidio.

Cuando el Jurado —dentro del sistema del cuestionario único— responde afirmativamente que el procesado es el autor del hecho material y niega la cuestión referente a la intención o propósito de matar, bien puede suceder que el pensamiento de los jueces de conciencia fue el de reconocer la existencia de otro hecho.

Lo que ocurre es que en una respuesta como la que se estudia, la decisión del Jurado en cuanto a la responsabilidad es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los sistemas legales para que el Tribunal popular hubiera aclarado su pensamiento. Porque si no hubo intención de matar, es necesario saber si hubo el propósito de herir únicamente y la muerte se produjo por exceso en la acción física o por un hecho subsiguiente dependiente de una actividad de la víctima o de un tercero, o por negligencia o imprudencia, elementos que dentro de la función interpre-

tativa del veredicto no puede suplirse por los juzgadores de derecho.

Es cierto que el veredicto del Jurado reconoció el elemento material del delito —acción física— pero también es evidente que en su adición explicativa negó el factor intencional cuando expresó “pero sin intención clara de producirle la muerte”; si la intención de matar no es clara, es lógico pensar que los miembros del Jurado no afirmaron la responsabilidad como una cosa cierta y evidente porque en su ánimo surgió la duda en cuanto al propósito que efectivamente tuvo el delincuente y por esto negó el dolo de propósito, pero esta negativa no implica —necesariamente—, el reconocimiento del dolo preterintencional, porque destruido el factor espiritual elemento componente del delito, la infracción queda desintegrada por ausencia de responsabilidad y en tal evento la Corte en abundante jurisprudencia ha optado por la absolución.

“Es deplorable, sí, —dice la Procuraduría— que en estos casos la justicia no pueda impartirse en la forma debida, de acuerdo con lo hecho por el delincuente y con su peligrosidad; pero ello se debe precisamente a la inconveniente institución del Jurado, y contra sus errores o desaciertos los juzgadores de instancia tienen a su alcance los medios adecuados que les da la ley, declarando la contraevidencia del veredicto, facultad que los jueces deben ejercer con riguroso celo para evitar situaciones perjudiciales para la sociedad como la que aquí se contempla”.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual condenó a Eliud Potes a la pena principal de seis años tres meses de presidio como responsable del homicidio cometido en la persona de Gabino Cuesta, y en su lugar, ABSUELVE al procesado de los cargos que se le formularon en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

## EL DELITO DE FALSEDAD EN CASACION

Comete delito de falso testimonio la persona que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento y ante autoridad competente afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte lo que es verdad; es decir, que la afirmación de lo falso, la negación u omisión de una cosa verdadera en perjuicio o daño de la administración de justicia configura esta infracción.

No basta la afirmación de un hecho falso o verdadero ante personas que no están investigadas de autoridad, sino que es indispensable que esa atestación sea hecha ante autoridad competente, autoridad que no es propiamente la que resuelve sobre la calificación y fallo del delito, sino cualquier funcionario que en virtud de disposición legal esté autorizado para recibir declaración, dictamen o versión, mediante juramento, pues es lógico suponer que no hay falsedad cuando no existe declaración, dictamen o versión rendido ante autoridad competente.

El elemento intencional en el delito de falso testimonio radica en la afirmación de ser un hecho verdadero, cuando en realidad es falso, o en omitir o callar un hecho que si es verdadero; las simples sutilezas, las irregularidades o el error cometido de buena fe en declaración, dictamen o versión hecha ante autoridad competente excluye la noción del dolo. La falsedad no se basa en los términos o formalidades externas de la declaración, sino en el contenido de la misma y en la intención del agente para exponer como verdadero un hecho falso.

"Incurrir en una falsa creencia —dice Carrara— no es vicio de voluntad: solo la falsedad de expresión constituyen el delito, esto es, que la expresión no corresponda a la idea. Por lo cual puede ser testigo falso incluso el que afirma una cosa en sí misma verdadera, cuando falsamente narre haberla visto. La falsedad no consiste aquí en el hecho, SINO EN QUE EL HECHO MISMO NO HA SIDO VISTO POR EL TESTIGO" (Subraya la Corte).

El tema acerca del daño privado o particular que este delito ocasione, es enteramente extraño al punto que se está considerando puesto que el delito de falso testimonio es una infracción que afecta esencialmente a la administración de justicia, de allí que el legislador colombiano lo haya catalogado en el Título IV, capítulo III del Código Penal que trata de los delitos contra la Administración de Justicia.

Tampoco es necesario que el daño sea real o efectivo, basta que sea potencial; es decir, que tenga capacidad, aptitud o disposición suficiente para influir en los resultados del juicio bien sea favorable o desfavorable a los intereses de la justicia para que se dé por establecido este factor. La afirmación de que el daño debe producir un perjuicio de orden patrimonial, es una teoría que está un tanto revaluada, porque a lo que se atiende principalmente con la sanción es a evitar la introducción de un factor de perturbación en el desarrollo normal de los procesos, y no al de averiguar si hubo o no un daño de orden privado.

La sentencia —como dice el recurrente— no se basa en simples sutilezas mentales derivadas de indicios aparentes, que conducen a violar la ley, el fallo se funda en indicios comprobados que en su debida oportunidad fueron apreciados por el Tribunal los cuales sirvieron para deducir la falsedad de los testimonios, no solo por sus discrepancias, dudas y vacilaciones en relación al contenido de lo expuesto por los testigos, sino, principalmente, en cuanto al hecho fundamental de que los declarantes afirmaban ante la autoridad competente un hecho falso, o sea el de ser testigos presenciales de un contrato de venta verificado entre López y un sujeto conocido en el proceso con el nombre de Jorge.

En la valuación de la prueba indiciaria el juzgador goza de una amplitud y libertad suficiente, porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio

personal del fallador en el cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por haberseles atribuido un valor probatorio que no tenían o negado el que tenían se hubiera dado por establecido uno de los elementos del cuerpo del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado, o de la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

#### Vistos:

En sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, condenó a Próspero Cardona y Antonio José Meza a la pena principal de un año de presidio como responsables de un delito de falso testimonio.

Contra esa sentencia, el defensor de los procesados interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites legales, la Sala procede a su estudio.

#### Prenotandos

En el sumario seguido contra Adriano López Pineda, fueron llamados a declarar, Próspero Cardona y Antonio José Meza, sobre un contrato de compraventa de unos artículos, celebrado entre el sindicato y un individuo llamado "JORGE" quien figura como vendedor.

Adriano López Pineda dijo en su indagatoria:

"Hace unos diez o doce días llegó a mi taller, situado en las calles 16 y 17, con carrera 20, un señor vendiendo cacharros en un cajón y me llamó la atención diciéndome que si le quería comprar unas medias y me puso a la vista algunas medias como muestra y me dijo que eran muy baratas, pues su precio era de cincuenta centavos, y entonces yo le compré cuatro pares; cuando estábamos en ese negocio estaban dos señores que habían llegado hasta mi taller para que les hiciera una mesa y unas bancas, que contraté en la cantidad de cuatro pesos, y precisamente cuando yo verificaba el negocio

de la mesa y las bancas, fue cuando se presentó él a ofrecerme las medias; los señores que estaban allí eran don Jesús Antonio Meza (sic) y Próspero Cardona y por cierto que el señor Meza dijo que si él tuviera dinero también compraría medias porque le parecían muy baratas; el cacharrero se fue y por allí a la media hora volvió... Preguntado. ¿Quiere usted decir de manera espontánea cuál es la filiación del individuo que dice usted se llama JORGE y que le dio las medias para venderlas? Contestó. Es un muchacho moreno, delgado, más bien alto, viste de paño, y ese día estuvo de pantalón de paño y saco de dril, pero no recuerdo el color de esas prendas, de unos veinte o veinticinco años, andaba solo portando unos cacharros".

Adriano López Pineda en la ampliación de su indagatoria expresa:

"Preguntado. ¿Quiere usted decir si cuando el tantas veces citado Jorge fue a su taller a mostrarle las medias llevaba también medias de mujer y de cuáles le ofreció? Contestó. Sí llevaba medias de mujer, candelas, pañuelos y todo lo que compone lo llamado cacharros, y si me ofreció unas medias de mujer pero muy ordinarias pero ni siquiera, nos pidió por ellas. Preguntado. ¿Quiere usted decir de manera espontánea en qué forma llevaba el citado individuo esos cacharros? Contestó. En una caja de madera que llevaba pero yo no me di cuenta si llevaba cargador o si la llevaba de alguna oreja".

#### Declaraciones de los testigos

Antonio José Meza dice: "...hace unos quince días le mandé a hacer al mismo señor López una mesa de zapatería y un banquito de zapatería, que por cierto no me los hizo y me devolvió la plata que eran cuatro pesos; cuando fui a que me hiciera, la banquita y la mesa fui en compañía del señor Próspero Cardona, quien vende revistas y prensa en el ferrocarril, y por invitación que le hice cuando me encontré con él en la esquina en donde está situado el dispensario; cuando llegamos a la carpintería de López nos pusimos a contratar los mentados muebles y allí nos demoramos unos quince minutos conversando el asunto del papá de Adriano López que dizque había muerto hace como un año y recordando que cuando yo estaba de pantalón corto lo sacaba a la calle; pues él era ciego, y también Cardona comentaba que a él le había tocado muchas veces pasarlo de una acera a otra cuando lo llevaba un muchachito pequeño; cuando ya nos íbamos a almorzar, pues eran de las doce a la una y media como Próspero me invitaba a que

fuera al almuerzo y que también yo fuera a almorzar y cuando estábamos en esas llegó un individuo a quien yo solamente veía esa vez y que era alto, moreno, delgado, vestido de paño de color negro, yo no puedo decir ni cuántos años podría tener porque no sé calcular edades, entró solo, portando una caja de madera de color amarillo, de unas tres cuartas de larga y una de alto más o menos, y la llevaba de una oreja que tenía la mentada maleta y en ella vi que tenía solamente medias, aun cuando no puedo garantizar que debajo llevara otros artículos, y entonces nos ofreció medias de unas que tenían ligas y a Próspero le pidió tres pesos por un par de esas medias, y entonces yo le manifesté que a mí ni para qué me ofreciera que no tenía ni un solo centavo, pero advierto que las medias que le ofreció ese hombre a Adriano y a nosotros eran para el uso de mujer y mientras estuvimos allí no le ofreció medias de hombre ni yo vi que llevara para hombre en la caja ni en ninguna otra parte, y dijo que tenían ligas porque el hombre las estiró de la parte de arriba y dijo que no necesitaba liga. Próspero le ofreció dos pesos por un par o dos de medias sin que pueda decirse de manera precisa por cuantos pares, pero el hombre no quiso dárselas por ese precio. En vista de que no pudieron negociar nosotros nos fuimos, es decir, Próspero y yo, y en la carpintería se quedaron Adriano y el individuo que portaba las medias, pero yo no supe si harían negocio o no. Que lo expuesto es la verdad". En este estado se le puso de presente al declarante el derecho que tiene de leer su exposición, lo cual hizo, la halló corriente, la aprobó y para constancia se firma la presente diligencia por todos los que intervinieron en ella. Se observaron los artículos 235, 237 y 238 del Código de Procedimiento Penal. Se hace constar que el declarante por la manera de expresarse y sus contradicciones deja la impresión de que está mintiendo".

#### Segunda declaración

En testimonio de junio cinco de mil novecientos cuarenta y cuatro expresa:

"El sujeto de que hablé en mi declaración de fojas 93 vto. de este informativo, en declaración que rendí en este despacho y que llegó con una maleta que contenía medias al taller del señor Adriano López (A. Complín) y de que he hablado en distintas declaraciones, no lo he vuelto a ver por parte alguna y desconozco el lugar en donde pueda hallarse. Este hombre lo vi hace mucho tiempo, en momentos en que yo entré con Próspero

Cardona al taller de Adriano López, con el fin de hacer practicar una mesa de zapatería, y después de esto no lo he vuelto a ver. Yo me demoré unos veinte minutos en el taller del señor López y cuando yo me retiré con Cardona, allí quedó el sujeto quien portaba una caja y a mí me ofreció medias, pero no le compré, pues cuando ello ocurrió yo me encontraba en la puerta del taller".

Próspero Cardona en su testimonio de febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y dos afirma:

"...hace unos quince días, el jueves once de febrero del corriente año, encontrándome en la esquina del dispensario me invitó el señor Jesús Antonio Meza a que fuéramos al taller de Adriano López con el fin de que le hiciera una banquita y una mesa, para zapatería; cuando llegamos allá se pusieron a hablar de la cuestión del trabajo que quería que le hicieran al fin arreglaron, pero no recuerdo para cuándo se comprometería López a entregar el trabajo; en esos momentos llegó un individuo alto, moreno, delgado, vestido de negro de paño y se puso a ofrecerle unas medias para mujer a Adriano López y le pidió uno veinte por cada par, pero antes nos las había ofrecido a Meza y a mí pero nosotros no le habíamos ofrecido nada por ellas porque no teníamos dinero; cuando se las ofreció a López yo no supe si López le ofrecería por ellas, aunque a López si le gustaban las medias y si le compró López tres o cuatro pares y le dio dos billetes de a peso, y si antes dije que no sabía si le había comprado era por que no me acordaba y se las vendió a cincuenta centavos el par aun cuando le había pedido a uno con veinte por cada par, medias que eran para mujer, medias que también tenían un resorte y por ello no necesitaban ligas, pero vuelvo a advertir que las medias eran para mujer y no para hombre y que no eran de las que se me ponen de presente (se le mostraron al declarante las medias que fueron decomisadas al señor Alfredo Laverde y puestas a órdenes de este despacho por la policía de seguridad); yo no vi que ese señor llevara más artículos fuera de las medias, pues en la caja no se veía otra cosa que medias por encima; tampoco me fijé como llevaba la mentada caja, pues solamente recuerdo que la llevaba en las manos; ese individuo no nos dijo cómo se llamaba ni de dónde traía las medias; los cuatro pares de medias que compró el señor Adriano López eran para mujer y no de las que se me ponen de presente, es decir, para hombre, no le compró delante de nosotros ni un solo par, ni delante de nosotros el citado individuo

le ofreció medias para hombre a López, pues todas las medias que yo le vi en la caja eran para mujer; hago constar que ni Meza ni yo le ofrecimos por las medias al mentado individuo, pues solamente yo le dije que si tuviera dinero le compraría medias, pues me parecieron muy baratas, pues a nosotros nos había ofrecido las tales medias a uno veinte el par; no es cierto que yo le haya ofrecido ninguna cantidad por medias a ese individuo; tampoco es cierto que ese sujeto me haya pedido tres pesos por cada par de medias; yo me di cuenta de que las medias tenían resorte porque cuando sacó las medias aunque venían dobladas yo me fijé en ese detalle, pero ese individuo no estiró las medias y tampoco es cierto que haya manifestado no necesitaran ligas; nosotros salimos de la carpintería de Adriano porque era tarde y para ir a almorzar, yo no recuerdo si ese hombre le daría envueltas o no las medias a Adriano. Que lo expuesto es la verdad y cuánto sé en este negocio". En este estado se le puso de presente al declarante el derecho que tiene de leer su exposición, lo cual lo hizo, la halló corriente, la aprobó y para constancia se firma la presente diligencia por todos los que en ella intervinieron. Se observaron los artículos 235, 237 y 238 del Código de Procedimiento Penal. Se hace constar que el declarante por la manera de expresarse y por sus vacilaciones, deja la impresión de estar mintiendo".

En declaración de mayo veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro sostiene:

"El individuo alto, moreno, delgado que el día del negocio de las medias fue el que le ofreció dichas medias al señor Adriano López, en el taller de carpintería de éste, no lo he vuelto a ver por parte alguna, pues advierto que yo no le presté mayor atención a este hombre. Desde hace unos diez y seis años soy muy conocido de la familia López y he tenido poca amistad con Adriano, pues solo se reduce a que me saludo con éste, nunca ha existido amistad íntima. De tal suerte que el sujeto desconocido ya descrito no lo he vuelto a ver por parte alguna, ni he tenido informes de dónde se pueda encontrar".

Careo verificado entre Antonio José Meza y Próspero Cardona.

El testigo Meza dijo: "...acerca de un sujeto que se llegó hasta el taller de carpintería del señor Adriano López portando unas medias y diga usted qué clase de efectos llevaba el sujeto. Estando en ese lugar con este señor Próspero Cardona, llegó el sujeto de que he hablado en declaraciones anteriores, llevando una caja que no pue-

do decir si sería de metal o de madera, me parece de color amarillento y no vi que llevara más objetos. Yo no vi que el sujeto desconocido le hubiera vendido medias al señor Adriano López. A continuación fue interrogado el testigo Cardona, así: Bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, diga usted qué clase de efectos llevaba el sujeto desconocido a la carpintería del señor Adriano López? Yo solo vi que se presentó con una media maleta café, pues no llevaba sino esa maleta, pues era de un color café claro y no vi que Adriano le hubiera comprado al desconocido medias, pues ni siquiera un par. En este estado manifiesta el declarante Meza, que no es cierto que el hombre desconocido, haya entrado a la carpintería de Adriano López, con una maleta de lata, que esto no lo ha dicho y que se ratifica en declaraciones anteriores. Manifiesta además el testigo Próspero Cardona, que no vio que Adriano López le hubiera comprado medias al desconocido".

Careo verificado entre el sindicado de robo Adriano López y el testigo Próspero Cardona.

Cardona al ser preguntado por el sujeto que llegó al taller de López y qué clase de objetos llevaba el desconocido contestó:

"...Por el momento no recuerdo qué clase de vestido tenía por el motivo de que esto ya hace bastante tiempo y por lo mismo no recuerdo, por el lapso transcurrido. El llevaba un cajoncito y por encima tenía unas medias; no sé que más efectos llevaría. Preguntado el sindicado Adriano López, sin juramento, e impuesto del artículo 227 del C. de Procedimiento. ¿Quiere usted decir, si recuerda, qué clase de traje vestía el señor Jorge que se presentó a su taller de carpintería y a más de las medias qué otros artículos portaba? Contestó: Respecto del vestido, el tiempo lo borró ya de la memoria y nada recuerdo. En cuanto a los artículos llevaba medias para mujer, para hombre, espejos, candelas, pañuelos y todo lo relacionado con cacharrería. Esto lo llevaba tapado con un hule".

#### Actos procesales

La relación de documentos que se dejan transcritos fueron tomados del sumario iniciado contra Adriano López por un delito de robo, y con fundamento en ellos, se declaró abierta la investigación, para averiguar la responsabilidad en que hubieran incurrido los testigos.

Por auto de junio 17 de 1946, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio a Antonio José Meza y Próspero Cardona, a quie-

nes se les imputó la comisión de un delito de falso testimonio.

Esta providencia fue apelada, y el Tribunal en auto de 18 de julio de 1946. confirmó la decisión del inferior.

Cumplidas las formalidades propias del juicio, el Juzgado en sentencia de septiembre 12 de 1946, absolvió a los procesados de los cargos que se les imputaron en el auto de proceder. Los fundamentos para llegar a esa conclusión se pueden sintetizar así:

Porque los testigos están de acuerdo en el hecho principal de su declaración, cual es, el de haber estado presentes en el taller de López, cuando el desconocido llegó portando la caja que contenía las medias que fueron objeto de la venta; porque los testimonios —Meza, Cardona— no prestaron ninguna colaboración a la justicia, ya que se les negó todo valor probatorio en el proceso adelantado contra Adriano López, por un delito de robo; ya también, porque no se ha demostrado el perjuicio ocasionado a terceros, elemento fundamental del delito de falso testimonio.

Esta sentencia fue objeto de consulta ante el respectivo superior, y el Tribunal, en providencia de 29 de noviembre de 1946, revocó la sentencia del Juzgado y condenó a los procesados a la pena principal de un año de presidio y accesorias consiguientes.

#### Demanda

Se invocan como causales de casación la primera y la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Aunque la demanda —como lo afirma el colaborador— no reúne los requisitos del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil —sobre todo— en lo que hace referencia a la causal primera, sin embargo, habrá de estudiarse por el aspecto de la causal segunda en lo relativo a la falta de demostración del cuerpo del delito, y la valoración dada por el Tribunal a los hechos acumulados en el proceso, pues el demandante subordina la causal primera a la segunda; y de la inexistencia del cuerpo del delito, deduce la violación de la ley penal y procedimental.

#### Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos, y atribución de un valor probatorio que no tienen, o negación del que sí tenían.

Dice el recurrente que las contradicciones aparentes que se deducen de los testimonios de Antonio José Meza y Próspero Cardona, en el proceso

de Adriano López, no pasan de ser “simples sutilezas mentales derivadas de indicios aparentes y que conducen a providencias que contravienen la ley y están en franco desacuerdo con las doctrinas penales. Aún a los testimonios rendidos de buena fe podrían introducirse esas sutilezas. La doctrina ha considerado que aun los declarantes de más buena voluntad sufren equívocos más o menos graves, según el modo como cada uno de ellos percibe en su interior los hechos del mundo exterior, los guarda en su interior y los recuerda”.

Tanto en la causal primera como en la segunda analiza esas posibles contradicciones, y afirma que no existe la prueba del cuerpo del delito y al concretar su pensamiento —expresamente— a la causal segunda invocada, dice:

“Está comprendida la sentencia dentro del numeral 2º del citado artículo 567 del C. de P. P. por cuanto se les ha atribuido en el proceso a esas aparentes contradicciones, que no pasan de ser simples fenómenos de la memoria en declaraciones de buena fe o manera de expresar cada uno los hechos de acuerdo con la percepción interna de los fenómenos externos y su conservación en la memoria, un valor probatorio que no tienen. Examinados ya esos indicios y su valor real, la errada apreciación de ellos salta a la vista; considerar como contradicción la diversa manera de expresarse, o de describir el color de una maleta o la forma de un objeto fácilmente confundible con otro a la percepción distraída de quien no tiene interés en un hecho, puede llegar a ser no solo una errada interpretación probatoria sino la apreciación como prueba de algo que en el fondo no lo es. Siendo el indicio un hecho de que se infiere la existencia de otro hecho lógicamente (artículo 216 del C. de P. P.), y no siendo en realidad un hecho la contradicción aparente que se anota en las declaraciones, según queda examinado, no hay base legal alguna para considerar la existencia de esa prueba como base de un fallo condenatorio”.

Se considera:

Comete delito de falso testimonio la persona que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento y ante autoridad competente afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad; es decir, que la afirmación de lo falso, la negación u omisión de una cosa verdadera en perjuicio o daño de la administración de justicia configuran esta infracción.

No basta la afirmación de un hecho falso o verdadero ante personas que no están investidas de autoridad, sino que es indispensable que esa ates-

tación sea hecha ante autoridad competente, autoridad que no es propiamente la que resuelve sobre la calificación y fallo del delito, sino cualquier funcionario que en virtud de disposición legal esté autorizado para recibir declaración, dictamen o versión, mediante juramento, pues es lógico suponer que no hay falsedad cuando no existe declaración, dictamen o versión rendido, ante autoridad competente.

El elemento intencional en el delito de falso testimonio radica en la afirmación de ser un hecho verdadero, cuando en realidad es falso, o en omitir o callar un hecho que sí es verdadero; las simples sutilezas, las irregularidades o el error cometido de buena fe en declaración, dictamen o versión hecha ante autoridad competente excluye la noción del dolo. La falsedad no se basa en los términos o formalidades externas de la declaración, sino en el contenido de la misma y en la intención del agente para exponer como verdadero un hecho falso.

“Incurrir en una falsa creencia —dice Carrara— no es vicio de voluntad: solo la falsedad de expresión constituyen el delito, esto es, que la expresión no corresponda a la idea. Por lo cual puede ser testigo falso incluso el que afirme una cosa en sí misma verdadera, cuando falsamente narre haberla visto. La falsedad no consiste aquí en el hecho, sino en que el hecho mismo no ha sido visto por el testigo” (Subraya la Corte).

El tema acerca del daño privado o particular que este delito ocasione, es enteramente extraño al punto que se está considerando puesto que el delito de falso testimonio es una infracción que afecta esencialmente a la administración de justicia, de allí que el legislador colombiano lo haya catalogado en el Título IV, capítulo II del Código Penal que trata de los delitos contra la Administración de Justicia.

Tampoco es necesario que el daño sea real o efectivo, basta que sea potencial; es decir, que tenga capacidad, aptitud o disposición suficiente para influir en los resultados del juicio bien sea favorable o desfavorable a los intereses de la justicia para que se dé por establecido este factor. La afirmación de que el daño debe producir un perjuicio de orden patrimonial, es una teoría que está un tanto revaluada, porque a lo que se atiende principalmente con la sanción es a evitar la introducción de un factor de perturbación en el desarrollo normal de los procesos, y no al de averiguar si hubo o no un daño de orden privado.

El fin primordial de las declaraciones de Meza y

Cardona, era el de comprobar ante la justicia la realidad de un contrato lícito de compraventa de unas medias verificado entre Adriano López y un sujeto de nombre “Jorge”, y en esta forma eludir la responsabilidad de López Pineda acusado por el delito de robo, pero dadas las discrepancias de modo, tiempo y lugar derivadas de esas exposiciones, los juzgadores se formaron el convencimiento de que tanto el sindicado como los testigos afirmaban hechos falsos.

En efecto: López Pineda dice en su declaración indagatoria que a su taller de carpintería llegó un sujeto a ofrecerle medias “que su precio era de cincuenta centavos” y que le compró cuatro pares, “que cuando estaban en ese negocio llegaron los declarantes Meza y Cardona”, y a renglón seguido rectifica lo dicho en estos términos, “cuando verificaba el negocio de la mesa y las bancas (con los testigos Meza y Cardona —aclara la Corte—) fue cuando se presentó él (JORGE) a ofrecérmelas medias. También afirma que en la caja que portaba el vendedor; “llevaba pañuelos y medias de mujer y todo lo que compone lo llamado cacharro”.

El testigo Meza dice que el vendedor pidió tres pesos por cada par de medias, que no presencié ningún negocio de compra de medias y que en la caja no habían otros objetos sino medias de mujer; es decir, lo contrario de lo expuesto por López Pineda, cuando expresa que las medias valían el par cincuenta centavos, que compró cuatro pares y que la caja contenía otros artículos fuera de las medias para mujer, luego dice que su compañero Próspero Cardona le ofreció al vendedor “dos pesos por un par o dos de medias sin que pueda decir de manera precisa por cuantos pares”.

A su vez el declarante Próspero Cardona afirma que el vendedor pidió a López, uno veinte por cada par de medias, las cuales se las ofreció primero a ellos y no le hicieron oferta de ningún género, que López “compró tres o cuatro pares y le dio dos billetes de a peso”, pero como notara cierta contradicción en lo que declaraba se expresa así: “si antes dije que no sabía si le había comprado era porque no me acordaba y se las vendió a cincuenta centavos”, en esta serie de contradicciones y rectificaciones dice “que López no le compró delante de nosotros ni un solo par ni delante de nosotros el citado individuo le ofreció medias para hombre”; es decir, declara en sentido contrario a lo expuesto por López en relación con el contrato y el precio de los artículos, primero sostiene no haber presenciado el contrato, y a renglón se-

guido se rectifica diciendo que sí presenció el contrato pero que no se acordaba, dice que no presenció ninguna venta por valor de cincuenta centavos, y posteriormente afirma haber visto entregar dos billetes de a peso por tres o cuatro pares de medias, afirma que no ofreció ningún precio al vendedor, y en cambio el otro declarante dice que Próspero le ofreció "dos pesos por un par o dos de medias sin que pueda decir de manera precisa por cuantos pares pero el hombre no quiso dárselas por ese precio".

Estas discrepancias en las declaraciones y otras referentes a la filiación del vendedor, su manera de vestir, objetos que contenía la caja, llevaron al Tribunal a la conclusión de ser falsos esos testimonios y por ende a desecharlos como prueba de descargo en el proceso que por el delito de robo se adelantaba contra Adriano López Pineda, por esto fue lógico en afirmar:

"De lo anterior se deduce con claridad meridiana que dichos testigos difieren notoriamente de modo, tiempo y lugar en relación a los hechos que afirmaron en sus aludidas declaraciones y por ende que ninguna credibilidad merezcan sus dichos. Mas teniendo de presente aquellas sustanciales contradicciones, de ellas salta la falsedad de tales testimonios".

La sentencia —como dice el recurrente— no se basa en simples sutilezas mentales derivadas de indicios aparentes, que conducen a violar la ley, el fallo se funda en indicios comprobados que en su debida oportunidad fueron apreciados por el Tribunal los cuales sirvieron para deducir la falsedad de los testimonios, no solo por sus discrepancias, dudas y vacilaciones en relación al contenido de lo expuesto por los testigos, sino, principalmente, en cuanto al hecho fundamental de que los declarantes afirmaban ante la autoridad competente un hecho falso, o sea, el de ser testigos presenciales de un contrato de venta verificado entre López y un sujeto conocido en el proceso con el nombre de Jorge.

En la valuación de la prueba indiciaria el juzgador goza de una amplitud y libertad suficiente, porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador en el cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valuación de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por haberseles atribuido un valor probatorio que no te-

nían o negado el que sí tenían se hubiera dado por establecido uno de los elementos del cuerpo del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado, o de la administración de justicia.

"Es cierto, como lo anota el demandante —dice la Procuraduría— que la prueba testimonial es por demás falible y que los testigos se equivoquen fácilmente en sus percepciones, y de ahí que sea muy difícil saber cuándo el declarante está mintiendo y cuándo yerra de buena fe".

"Pero a esto se replica que quien ha tenido una normal observación del hecho atestiguado y lo relata con sinceridad, puede incurrir naturalmente en variaciones de detalles en las distintas exposiciones que rinda, conservando siempre lo fundamental del fenómeno percibido; pero nunca recurre al sistema vacilante, contradictorio y evasivo que se descubre fácilmente en los deponentes Meza y Cardona".

"Y ello obedece a una ley. En efecto, la impresión sensitiva que ha herido los sentidos del testigo y que se ha hecho consciente, tienden a permanecer en la personalidad con mayor fuerza y persistencia, que aquella otra idea que solo es ficticia y fraguada por la imaginación o por el interés de faltar a la verdad. Por eso cuando el presunto testigo declara sobre algo que en realidad no le consta, cae en múltiples discrepancias consigo mismo, porque quien finge, exagera y olvida".

Las múltiples discrepancias y contradicciones no solo en cuanto al contenido propio de cada declaración, sino en relación con lo afirmado por los otros declarantes, ya también en relación con lo expuesto por el propio sindicado de un delito de robo, ora en cuanto a las condiciones objetivas sobre las cuales versó el testimonio y a las circunstancias observadas personalmente por el funcionario que recibió el testimonio, cuando afirmó que los declarantes "por la manera de expresarse y sus contradicciones dejan la impresión de que están mintiendo", formaron en el juzgador el convencimiento de que los testigos Meza y Cardona en sus exposiciones no dijeron la verdad.

Así, pues, el delito de falso testimonio que se atribuye a los procesados no radica, precisamente, en las contradicciones o discrepancias en que incurrían en sus declaraciones, sino en el hecho de que esas declaraciones por diferir notoriamente en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, llevaron a la convicción del fallador la certidumbre de que los testigos afirmaron un hecho falso, o sea, el de que en el taller de Adriano López Pineda

estuvo el sujeto denominado JORGE que aparece como presunto vendedor; en otros términos, el vendedor llamado JORGE y el negocio de compra-venta de las medias que ellos dicen presenciaron no existió porque nunca se realizó.

Esta fue la conclusión del Tribunal y para llegar a esa declaración "dispuso —como dice la Procuraduría— de un conjunto apreciable de hechos indiciarios para aceptar la falsedad de los testimonios de Meza y Cardona, no solo por discrepancias y vacilaciones en el contenido de sus dichos, sino por algo más fundamental y significativo, a saber: por haberse establecido en el proceso contra López Pineda su responsabilidad como autor del robo a la empresa "Gonzalo Robledo y Cia" responsabilidad que precisamente trataba de excluirse con las declaraciones de Meza y Cardona".

Meza y Cardona declararon para favorecer a López Pineda, pero el hecho de que no se hubiera causado un perjuicio de orden patrimonial, no quita al hecho su carácter de delito. Lo esencial en el falso testimonio es que la afirmación falsa se haga sobre un hecho bien sea principal o accesorio, pero de tal entidad, que por su misma naturaleza pueda influir o inclinar la decisión del fallador en el sentido de lo aseverado por los declarantes. Así pues, para que se configure este factor

no es necesario que los perjuicios sean únicamente de orden material y que éste se realice; el daño o perjuicio como se dice anteriormente puede ser meramente potencial para que pueda ser objeto de sanción penal, porque el delito se agota cuando se termina la declaración, dictamen o versión que se rinde ante autoridad competente.

No se hace estudio especial sobre la causal primera de casación porque invocándose ésta como consecuencia de la segunda —inexistencia del cuerpo del delito— al no prosperar la principal no cabe examinar la causal primera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por el cual se condena a Antonio José Meza y Próspero Cardona a la pena principal de un (1) año de presidio.

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 CONCUSION. — ELEMENTOS DEL MISMO. — CONCEPTO DE SUELDO. FACULTADES DEL JEFE DE OFICINA EN RELACION CON SU PAGO. — INFLUENCIA DE LAS INTENCIONES DEL PROCESADO EN EL LLAMAMIENTO A JUICIO. — NOCION DE FALSEDAD EN GENERAL. — DIFERENCIA ENTRE EL DELITO DE FALSEDAD Y EL DE USO DE UN DOCUMENTO FALSO. — REQUISITOS DE LA FALSEDAD DOCUMENTARIA. — NOCION DE DOCUMENTO PUBLICO. — NOCION DE NOMINA Y SUS REQUISITOS.

1.—La concusión —que en un principio se confundió con el cohecho— es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder —que es el medio— y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad, que es el fin. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no solo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirlo a prometer o entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión EXPLICITA constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión IMPLICITA que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo, se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego.

2.—Los sueldos son las remuneraciones que da el tesoro público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene el derecho de recibir íntegra

su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente “embargo por ejemplo” impongan descuentos especiales.

3.—En ningún caso le es permitido al jefe de una oficina pública dividir el sueldo de sus subalternos, y menos recortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial. Si así lo hace, su acto constituye abuso de autoridad, que es uno de los presupuestos de la concusión exigidos por la doctrina y por el artículo 156 de nuestro Código Penal.

4.—Que las intenciones del procesado fueron sanas y nobles al pagar un ayudante con parte del sueldo de su empleada escribiente, a fin de mantener al día la oficina, eso no desnaturaliza el abuso. Los motivos nobles e innobles que en estos casos guían al funcionario en la violación de la ley, apenas servirán para individualizarle la sanción, en el evento de una sentencia condenatoria; y nada más. Lo hecho contra claras normas preestablecidas es de suyo antijurídico y crea una responsabilidad penal de parte del empleado o funcionario que las infringe.

5.—La falsedad, en términos generales, es la alteración consciente de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero para que esa mutación de la verdad en escritos pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

Y esta exigencia es fundamental, porque el

objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

6.—La falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad. Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo. (Artículos 234, 241 y 242).

7.—La falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que “la mentira es el alma de la falsedad”. Esta, por consiguiente, requiere el dolo, pero el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho, sin consideración a determinados fines.

8.—Al tenor de lo preceptuado por los artículos 1758 del C. C.; 632 del C. J. y 251 del C. de P. P., el documento es público o auténtico cuando se reúnen estos presupuestos: a) Que esté autorizado, o sea que lleve la firma del respectivo funcionario; b) Que se extienda con las formalidades legales, o sea, con los requisitos que la ley exige en cada caso particular, debiendo en este caso, cuando se habla de LEY, entenderse comprendida toda disposición jurídica genérica dictada por autoridad competente, es decir, que se comprenden las leyes propiamente dichas y las reglamentaciones dictadas válidamente para regular una actividad administrativa, como enseñan los expositores, y c) Que el funcionario de quien procede el documento tenga competencia para actuar en él, esto es, autorización legítima.

9.—La nómina es una cuenta de cobro que formulan los empleados o funcionarios oficiales contra el Tesoro Público para que se les pague la prestación de sus servicios. Pero a la vez que es un simple cobro, el documento que lo contiene debe ir rodeado de espe-

ciales requisitos por parte del Jefe de la Oficina, para que tenga validez y sea aceptado. Esos requisitos esenciales son la autorización (firma) y el VISTO BUENO o certificación sobre el contenido de la nómina, al tenor de las reglamentaciones administrativas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola)

#### Vistos:

Con base en la documentación remitida a la Corte por la Procuraduría General de la Nación, conforme a la cual se formularon graves cargos al señor Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, doctor Rafael Flórez Camacho, y una vez terminada la competencia de esta Entidad para avocar el conocimiento, por auto de 14 de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, se dispuso abrir la correspondiente investigación criminal a efecto de precisar la existencia y responsabilidad de los hechos denunciados por la Procuraduría, imputados al antes mencionado Fiscal. Adelantada totalmente la investigación, practicadas las diligencias de rigor conforme a los trámites de la Ley, cerrada aquella y recibida la vista expedida por el señor Procurador Delegado en lo Penal, ha llegado el momento de calificar el mérito del sumario.

#### Hechos

Los dos hechos imputados al Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga doctor Rafael Flórez Camacho son los siguientes:

1º—Haber descontado en forma ilegítima y abusiva a su escribiente en la Fiscalía señorita Beatriz Díaz Riveros parte del sueldo que a ésta correspondía y haberla privado de la remuneración a que ella tenía derecho por concepto de su trabajo durante los últimos días del mes de noviembre y todo el mes de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

2º—Haber hecho figurar en la nómina de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y cinco como escribiente de la Fiscalía, a la señorita Carmen González C., sin que ésta en la realidad hubiera prestado sus servicios de tal y sin que siquiera pudiera figurar en dicha nómina por estar

en esa ocasión prestando sus servicios en las Rentas Departamentales de Santander.

Enunciados a grandes rasgos estos dos hechos principales que por sus características estructuran dos especies diversas de delitos, (Concusión y Falsedad) conviene, siguiendo el orden formulado por la Procuraduría, analizar por separado las circunstancias y características en que tuvieron realización estos delitos y su estructuración jurídica para los efectos que sean de rigor.

### Concusión

El 21 de enero de 1946, el señor Personero Municipal de Bucaramanga dirigió a la Procuraduría General de la Nación un comunicado en el cual daba cuenta de alguna irregularidad descubierta por la Auditoría Fiscal de la Contraloría General de la República en la Fiscalía del Tribunal Superior de la citada ciudad, a cargo del doctor Rafael Flórez Camacho consistente en el hecho de haberse cobrado por la misma persona dos sueldos correspondientes a dos puestos oficiales, uno de los cuales era el de Auxiliar de la aludida Fiscalía, sin que, por otra parte, la persona que figuraba como tal desempeñara efectivamente este empleo.

La Procuraduría ordenó la correspondiente investigación solicitando del doctor Flórez Camacho algunas explicaciones, las que fueron dadas con fecha 27 de febrero de 1946, folios 9 y 10, cuaderno 2º, en la siguiente forma:

“Los hechos, escuetos, porque nada hay para ocultar o disimular, son los siguientes: por motivo de excusa, o mejor, de licencia solicitada por la señorita Escribiente de la Fiscalía, el último del mes de octubre del pasado año, para ocupar otro cargo de mejor remuneración, resolví traer a esta oficina a la señorita Beatriz Díaz Riveros, alumna del Colegio de la Merced, de esta ciudad, donde era yo profesor. Pero como la señorita Díaz estaba terminando sus exámenes, nombré, interinamente, a la señorita Carmen González, quien prestó bondadosamente su nombre, para que la señorita que iba a ser titular devengara su sueldo. La señorita Díaz trabajaba toda la mañana, pero por recargo de trabajo y por negligencia, de la cual sí me acuso, continuó figurando la misma señorita González como empleada, siendo sí que quien trabajaba y recibía todo su sueldo era la señorita Díaz. No faltó quién se quejara a la Auditoría y se me exigió la devolución del sueldo de Escribiente del mes de noviembre, devolución que hice de mis dineros personales, porque consideraba injusta hacérselo devolver a la señorita Díaz que estaba tra-

bajando con gran consagración, todas las horas de oficina, desde el día 12 de noviembre que terminó sus exámenes. Del 1º al 12 trabajaba por las mañanas, solamente.

“Y para evitar malos entendidos, porque la difamación y la calumnia se han convertido en las más nobles armas, nombré inmediatamente en propiedad a la actual Escribiente, quien devengó su sueldo de diciembre desde el día 16, porque los primeros 14 días no le fueron pagados. Eso es todo el escándalo, suscitado para dar de comer a pasiones innobles por parte de los acusadores.

“Y como seguramente el cargo se refiere a que el suscrito devengaba otro sueldo, he de manifestarle que soy pobre, absolutamente pobre, precisamente porque no he sabido ni querido jamás quitar a nadie lo que es suyo. Que de mis fondos personales, porque era aberrante quitarle el sueldo a la señorita Díaz que había trabajado el mes de noviembre, devolví el valor de su sueldo a la Recaudación de Rentas, según aparece de recibo que conservo y que enviaré si usted así lo estima a bien. Y que tal nombramiento fue hecho sin ánimo ninguno preconcebido fuera del de conseguir una buena empleada y servir a una familia muy necesitaba. Y nada más”.

Posteriormente la señorita Beatriz Díaz Riveros dirigió con fecha 18 de mayo de 1946, un memorial en los siguientes términos:

“Yo, Beatriz Díaz Riveros, con Tarjeta de Identidad No. 26684 expedida en Bucaramanga, de la manera más respetuosa presento a usted denuncia formal, el que estoy pronta a ratificar bajo la gravedad del juramento, contra el doctor Rafael Flórez Camacho, actual Fiscal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

“Desde los últimos días del mes de noviembre del año pasado, entré a desempeñar el cargo de Escribiente en la Fiscalía citada y solo el día diez y siete de diciembre se me dio posesión del cargo, que anteriormente servía una sobrina carnal del señor Fiscal.

“No me reconoció ni un céntimo por mis servicios en el mes de diciembre; y en los meses de enero hasta el día quince del actual, solo me ha reconocido la suma de noventa pesos (\$ 90.00) mensuales, siendo así que en el respectivo presupuesto figura la partida de ciento cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 142.50) nominales, y me obliga, además, a confeccionar la nómina por su valor nominal. Tampoco persona distinta trabaja en mi cargo. Sencillamente esto es un robo en descubierto. De lo anteriormente expuesto pue-

den dar declaración los empleados del Tribunal.

“Sin motivo alguno en la mañana de este día me relevó del cargo. Entiendo que esta última medida la ha tomado por el conocimiento que tiene el Tribunal, el señor Visitador de esa Procuraduría doctor Bernabé Riveros y el público, del atropello o robo ejecutado.

“Espero se me haga justicia”.

El día 20 de mayo del mismo año, el señor Fiscal Flórez Camacho dirigió al doctor Rafael Escallón, Procurador General de la Nación, una carta en la cual expresa, entre otras cosas lo siguiente:

“Conversando con el Magistrado doctor Domingo Arenas Serrano, sobre el asunto de la escribanía, resolví, para evitar chismes de toda naturaleza y suspicacias de las que está lleno este mundo, retirar a la señorita que tenía como escribiente y nombrar en su reemplazo, al señor Lulio Tapias Guarín, quien ya tomó posesión de su cargo”.

“Con el retiro de la señorita Díaz creo quedan solucionados todos los problemas que hubieran querido presentarse y que son de manifiesta y total suspicacia y parcialidad. Así lo ha estimado el Magistrado Arenas Serrano, con quien el señor Visitador estuvo hablando sobre el particular. Y me servirá eso de experiencia para no volver a colocar en mis oficinas a ninguna clase de mujeres”.

Posteriormente la Procuraduría General de la Nación por conducto del Visitador de aquella dependencia, doctor Bernabé Riveros, adelantó una cuidadosa información sobre los hechos mencionados, la cual sirvió de base para que esa alta entidad fiscalizadora, solicitara la apertura de la investigación por parte de la Corte Suprema.

Iniciada la investigación por esta Sala, se practican las siguientes diligencias:

Ratificación juramentada de la señorita Beatriz Díaz Riveros (folios 29 a 31, cuaderno 1º) en la cual afirma lo siguiente:

“Si señor; es cierto que el doctor Rafael Flórez Camacho me retenía como jefe de la oficina, es decir como Fiscal del Tribunal Superior de esta ciudad, y siendo yo su escribiente, o sea, la empleada de esa Fiscalía, la parte de sueldo que indico en seguida; yo supe que el sueldo del escribiente de la Fiscalía era de ciento cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos mensuales; de esa suma descuentan en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional, la suma de cuatro pesos con treinta centavos, para la Caja de Previsión Social del Órgano Judicial, Ministerio Público y Ramo Administrativo, pero no obstante

que hecho ese descuento me quedaba como sueldo líquido la suma de ciento treinta y ocho pesos con veinte centavos, el Fiscal doctor Flórez Camacho solamente me pagaba la suma de noventa pesos mensuales, o sea, que él me retuvo del sueldo devengado durante los meses de enero, febrero, marzo, abril y la primera quincena de este mes de mayo, la suma de cuarenta y ocho pesos con veinte centavos. Esa retención la hacía el doctor Flórez Camacho abusivamente y posiblemente se temía que al decirlo yo se perjudicara porque en varias ocasiones me recomendó que a nadie le fuera a contar eso. No creo que el doctor Flórez Camacho me retuviera esa parte del sueldo por orden judicial, porque nunca me lo dijo; ni había entre los dos deuda pendiente alguna para que él obrara de esa manera, y por eso puedo afirmar que la retención de esa parte de mis sueldos la hacía sin causa lícita, y posiblemente para aprovecharse de mi sueldo. **Preguntada:** Sírvase decir si usted le manifestó a algunas personas y a quiénes, que el doctor Flórez Camacho le retenía esa parte de sus sueldos de escribiente de la Fiscalía del Tribunal? Contestó: Sí señor, yo les he referido la retención que el Fiscal del Tribunal doctor Flórez Camacho me hacía de parte de los sueldos devengados por mí como escribiente de esa Fiscalía, a las siguientes personas: al Secretario del Tribunal señor Carlos Gómez Pradilla, al escribiente del Tribunal señor Saúl Villabona, al Portero, señor Juan Moreno; a otros empleados del mismo Tribunal, a los señores Magistrados también les referí; al Visitador de la Procuraduría General de la Nación, doctor Bernabé Riveros; al señor Jesús Ojeda; al señor Luis Felipe Parra y a otras cuantas personas que me preguntaban. Sé que la Directora del Colegio de la Merced señorita Mercedes Martínez Naranjo también tiene conocimiento de lo mismo, pero porque se lo informaron por otras fuentes, porque ella me preguntó lo que había en ese particular. **Preguntada:** ¿Sírvase decir todo lo demás que le conste en relación con otras actuaciones incorrectas del Fiscal del Tribunal Superior, doctor Rafael Flórez Camacho y la manera como se ha impuesto de ellas? Contestó: Pues lo demás que tengo para declarar respecto de las actuaciones incorrectas que tuvo el Fiscal doctor Flórez Camacho pará conmigo, he de manifestar que en una ocasión en que estábamos en la oficina pretendió él manosearme el cuerpo, pero como yo le rechacé y le reprobé su comportamiento me dijo “canalla”; el sábado pasado, o sea el diez y ocho de este mes por la mañana, me quiso tomar cuentas

acerca de lo que yo les había informado a varias personas acerca de la retención que él me hacía de parte del sueldo y como me exigiera que fuera a rectificarle al doctor Domingo Arenas Serrano los informes que yo le había dado sobre la parte del sueldo que me quitaba el doctor Flórez Camacho, yo le respondí sonriéndome que sí iría, pero le dije eso sin el propósito de satisfacerlo, porque esos informes son exactamente ciertos; entonces el doctor Flórez Camacho al verme sonreír me trató fuertemente de palabra y a otro rato me notificó que estaba despedida del empleo y que ya tenía reemplazo”.

Posteriormente, en el careo sostenido con el doctor Flórez Camacho la señorita Díaz Riveros afirma lo siguiente:

“**Preguntada:** ¿Cuál era el sueldo que usted devengaba como escribiente de la Fiscalía? **Contestó:** Noventa pesos (\$ 90.00). **Preguntada:** Pero hay constancia en estos autos de que el sueldo del escribiente era de ciento cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 152.50); ¿quién cobró el resto y por qué motivo? El doctor Flórez Camacho me había dicho que ese sueldo era necesario dividirlo con otra empleada que trabajaba por fuera, y por eso yo no recibía sino noventa pesos. En los meses de marzo, abril y mayo fui a la Administración de Hacienda, recibí los cheques correspondientes a los sueldos y le entregaba el dinero al doctor Flórez, quien me entregaba a mi cuarenta y cinco pesos (\$ 45.00) de cada quincena. Para cada sueldo daban en la Administración de Hacienda un cheque por separado. **Preguntada:** De manera que usted aceptó trabajar en la Fiscalía por noventa pesos de sueldo, sabiendo que la asignación legal era superior? **Contestó:** Si señor, yo sabía que el sueldo era superior pero acepté el puesto con solo noventa pesos, siendo el resto para la otra señorita que me dijo el doctor Flórez Camacho trabajaba por fuera”.

“**Preguntada:** ¿Usted conoció a la otra señorita que trabajaba en la Fiscalía? **Contestó:** No señor, no la conocí, me dijo el doctor Flórez que era la señorita Carmen González. **Preguntada:** ¿Qué conducta observó con usted el doctor Flórez Camacho durante el tiempo de su permanencia en la Fiscalía? **Contestó:** El doctor Flórez Camacho se manejó conmigo correctamente, como todo un caballero. **Preguntada:** ¿Por qué dice usted en su declaración de veinte de mayo pasado que en alguna ocasión el doctor Flórez intentó manosearla suscitándose entre los dos un incidente por este motivo? **Contestó:** Eso fue una ofuscación mía el

día que rendí mi primera declaración, pero no es verdad lo que allí dije a ese respecto. **Preguntada:** ¿Usted trabajó en la Fiscalía del Tribunal algunos días antes del veintiuno de noviembre del año pasado? **Contestó:** No señor. **Preguntada** por el doctor Flórez Camacho la causa para que yo la nombrara a usted como escribiente fue el hecho de ser usted pobre, huérfana recientemente y ser la mayor de ocho hermanos a los cuales ella ayudaba y tenía que ayudar para que vivieran, o fue otra causa? **Contestó:** Fue fineza del doctor Flórez Camacho el haberme ofrecido ese empleo para que yo pudiera ayudarle a mi madre a resolver las necesidades de la casa, y precisamente por eso yo hice matricular en el Colegio de La Merced a una de mis hermanitas menores y pude en general ayudar a todo lo que en la casa era necesario; no hubo ningún otro motivo para que se me ofreciera el empleo. **Preguntada** por el doctor Flórez Camacho: ¿Usted aceptó el puesto admitiendo que se dividiera entre usted y otra señorita el sueldo, ganando usted noventa pesos mensuales, o yo la forcé a usted a que aceptara el puesto con ese sueldo nada más? **Contestó:** No señor, yo lo acepté voluntariamente sin que usted me hubiera hecho alguna insistencia a ese respecto. **Preguntada** por el doctor Flórez Camacho: Yo la he inducido o constreñido alguna vez para que me diera objetos, dineros suyos o me hiciera regalos, por cualquier causa, desde que usted me conoce? **Contestó:** No señor, usted únicamente me habló de la necesidad de dividir el sueldo con otra empleada, cosa que yo, como ya lo tengo dicho, acepté voluntariamente; nada más me dijo nunca, ni yo le he dado a usted dineros, ni objetos, ni regalos de ninguna especie.

“**Preguntada** por el doctor Flórez: ¿Es cierto que yo la obligaba a usted a confeccionar la nómina por su valor nominal? **Contestó:** Obligarme propiamente no, pero yo considero que era obligación firmar la nómina por la totalidad del sueldo porque de lo contrario no la pagaban; exigencia, por medio de violencias o amenazas para que la firmara no me hizo usted nunca. **Preguntada** por el doctor Flórez Camacho: Usted ha dicho señorita Beatriz que voluntariamente aceptó el sueldo de noventa pesos, ¿por qué en este memorial dice usted que eso es un robo en descubierto? **Contestó:** Es que en una hora de ofuscación a uno se le vienen muchas cosas a la cabeza. **Preguntada** por el doctor Flórez Camacho: Dada la respuesta anterior, ¿por qué en el memorial que usted ha reconocido como verídico en cuanto a los hechos allí

afirmados, sostiene que yo la atropellé y robé? Contestó: Porque a mí me parece que eso es un atropello y un robo”.

“**Preguntada:** ¿Por qué razón, si usted se comprometió a trabajar a razón de noventa pesos mensuales, se quejó más tarde del doctor Flórez Camacho porque no le entregaba el sueldo completo? Contestó: Porque como no trabajaba ninguna otra empleada en la oficina yo creía que se me estaba robando a mí una parte del sueldo que me correspondía”.

El doctor Flórez en su indagatoria de fecha 19 de octubre de 1946 reconoce los siguientes hechos:

“**Preguntado:** ¿Estaba usted en ejercicio de sus funciones de Fiscal de este Tribunal, en los meses de noviembre y diciembre del año próximo pasado y enero a mayo del presente? Contestó: Sí estaba en ejercicio de esas funciones. Leída la aprobó. **Preguntado:** ¿Quién desempeñaba en ese mismo lapso las funciones de escribiente de esa Fiscalía? Contestó: Primeramente fue nombrada el primero de noviembre del pasado año la señorita Carmen González y luégo desde el diez y siete de diciembre del mismo año Beatriz Díaz Riveros. Leída la aprobó. **Preguntado:** ¿Por, qué aparece como escribiente de esa oficina en el mes de noviembre del año pasado la señorita Carmen González la cual, según constancia recibida en esta instrucción, era empleada en ese tiempo de la Recaudación de Rentas Departamentales? Contestó: En nota mía a la Procuraduría General de la Nación informé exactamente lo mismo que voy a hacer constar aquí: habiéndose retirado del puesto de escribiente la señorita Héliida Loza Silva, quien por ser cuñada de mi esposa y para evitar acusaciones infundadas o maledicencias le dije que era conveniente se retirara del puesto, resolví atendiendo las indicaciones de la señorita Mercedes Martínez Naranjo, Directora del Colegio de la Merced, y desgraciadamente de Miguel Roberto Sarmiento, persona hoy perfectamente parcial en sus acusaciones contra mí, nombrar a Beatriz Díaz Riveros, alumna de aquel Colegio, discípula mía, dadas su absoluta pobreza, el hecho de que no podía continuar estudiando, y el ser una excelente alumna de aquel Colegio; esto lo hice a pesar de que mi intención era nombrar a la señorita Rosmira Villamizar, a quien le ofrecí el puesto, o la señorita Gabriela Arango, a quien también le ofrecí el puesto inmediatamente se retiró la señorita Héliida, cosas que le constan a la misma señorita Martínez Naranjo. Pero como la señorita Díaz Riveros carecía de tarjeta de identidad y de certi-

ficado de la Identificación, el que solamente obtuvo a principios de diciembre, se nombró a la señorita Carmen González con el fin de que la señorita Beatriz Díaz Riveros recibiera el sueldo del mes y en esa forma pudiera comprar ropa, calzados y demás artículos de necesidad para presentarse decentemente a la oficina. Ese sueldo hubo necesidad de reintegrarlo y lo reintegré en parte con dineros de mi propiedad a la Recaudación de Rentas Departamentales, como consta en aquella Oficina. Pero al mismo tiempo que ofrecí a la señorita Beatriz Díaz Riveros el cargo, voluntariamente se convino en que sería distribuido el trabajo y el sueldo entré ella y otra señorita, doña Carmen Luisa Gómez, quien comenzó a trabajar en mi casa de habitación desde el primero de noviembre durante los sábados por la tarde y domingos por la mañana, sacando además en su casa de habitación de ella todas las vistas fiscales que yo preparaba de noche hasta altas horas, con el fin de mantener la oficina al día y despachar cerca de ochocientos negocios que ya estaban pesando en el haber de la Fiscalía”.

“**Preguntado:** ¿Cuál era en esa época el sueldo del escribiente de la Fiscalía? Contestó: Nominal ciento cuarenta y dos pesos (\$ 142.00), efectivo ciento treinta y tres pesos (\$ 133.00) porque en virtud de los dos descuentos que hay necesidad de verificar a ello queda reducido el sueldo nominal. De ese sueldo, según expreso convenio con Beatriz Díaz Riveros devengaría ella noventa pesos (\$ 90.00) mensuales, la señorita Gómez devengaba cincuenta pesos (\$ 50.00) porque yo de mi sueldo completaba los treinta y tres pesos (\$ 33.00) hasta llegar a esa suma. Leída la aprobó. **Preguntado:** ¿Quién recibió el sueldo de escribiente de esa Fiscalía en la segunda quincena de diciembre del año pasado, y el del mes de enero del año en curso? Contestó: Beatriz Díaz y Carmen Luisa Gómez, de acuerdo con el convenio que antes se ha indicado. Leída la aprobó. **Preguntado:** Puede usted explicar por qué se le descontaba a la escribiente de la Fiscalía la suma de cuarenta y ocho pesos con veinte centavos, cada mes, como dice la señorita Díaz Riveros, y con qué objeto se le hacían esos recortes de sueldo? Contestó: Es absolutamente falso que se le descontaran a la señorita Díaz cuarenta y ocho pesos con veinte centavos por mes. Repito que la división de sueldo no era un descuento sino un convenio con Beatriz Díaz enderezado a tener la oficina de la Fiscalía al día; y que el sueldo no era el que la citada Díaz dice sino el que yo indiqué anteriormente, el cual figu-

ra en las nóminas respectivas y allí podrá ser constatado”.

Respecto de las demás pruebas aducidas, y del análisis jurídico del cargo de concusión, la Sala cree pertinente transcribir el pormenorizado estudio que el señor Procurador Delegado en lo Penal hace para solicitar el llamamiento a juicio del Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, funcionario de orden jerárquico inferior en la importantísima rama presidida por él, del Ministerio Público.

Dice el señor Procurador:

“Los señores doctor Domingo Arenas Serrano, Carlos Gómez Pradilla, y Saúl Villabona declaran no haber visto dos Escribientes en la Fiscalía, sino una sola. Igualmente afirman ser sabedores de que el sueldo de Beatriz era dividido con otra persona, por referencias que ella misma les hizo. Sobre esto último existen también otros testimonios.

“Por otra parte, el doctor Flórez Camacho allegó las declaraciones de su señora esposa y de dos de sus hijos, para comprobar el trabajo extraordinario desarrollado por la señorita Carmen Luisa Gómez en asuntos relacionados con la Fiscalía.

Carmen González C., fue nombrada interinamente escribiente de la Fiscalía el primero de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y aparece posesionada el mismo día (folios 106 y 107).

“Beatriz Díaz Riveros fue nombrada en propiedad el 17 de noviembre (parece que hay un error en esta fecha) y posesionada el 17 de diciembre del año citado. (Folios 106 y 107).

Julio Tapias Guarín fue nombrado el 16 de mayo de 1946, y posesionado el mismo día. (Folios 106 y 107).

Se halla, asimismo, probado que la señorita María del Carmen González era empleada de las rentas departamentales de Santander en el mes de noviembre de 1945, y que desempeñó su cargo desde el primero de abril de 1943 hasta el 2 de abril de 1946, prestando los servicios en todo ese tiempo durante ocho horas diarias. (Folios 4 a 6 y 35).

Por ese motivo, el Fiscal Flórez Camacho tuvo que reintegrar al Tesoro Público el sueldo cobrado por la señorita González en el mes de noviembre de 1945, pues no podía devengar al mismo tiempo dos asignaciones del erario oficial. (Folios 1 a 4, cuaderno 1º y 15, cuaderno 2º).

Los importantes testimonios de las señoritas Carmen González y Carmen Luisa Gómez no fueron recibidos, por ignorarse su residencia (folios

112 y 115, cuaderno No. 1 y 102, cuaderno No. 2).

Al tenor de las nóminas que obran a los folios 17 a 27, aparece lo siguiente:

Que Carmen González devengó un sueldo líquido de \$ 138.22 en el mes de noviembre de 1945; y que Beatriz Díaz Riveros prestó sus servicios como Escribiente de la Fiscalía, así: Catorce días en el mes de diciembre con un sueldo líquido de \$ 64.50; todo el mes de enero de 1946 con un sueldo de \$ 138.22; y los meses de febrero, marzo, abril, y primera quincena de mayo, a razón de \$ 133.92 mensuales.

Con diversas pruebas —testimonios, acta de visita e inspección ocular— probó el doctor Flórez Camacho el recargo de trabajo que tenía la Fiscalía del Tribunal cuando se encargó de ella y la intensa labor que ~~él~~ desarrolló hasta ponerla al orden del día.

Por último, se encuentra establecida la calidad oficial del procesado en la época a que se refieren los cargos que se le hacen (Folios 34, 39 y 40, cuaderno No. 2).

Analizando las distintas versiones de la señorita Beatriz y del doctor Flórez Camacho, se notan en ellas algunas discrepancias notables, pero coinciden en los hechos fundamentales, a saber:

1º—Que la señorita Beatriz se hallaba en muy difíciles circunstancias económicas, en (absoluta pobreza), como dice el doctor Flórez Camacho, cuando él le ofreció el puesto de escribiente en la Fiscalía y cuando ella lo aceptó.

2º—Que Beatriz convino en la proposición que le hizo el doctor Flórez Camacho, referente a dividir el sueldo con otra señorita que ayudaría, en horas extras, en los trabajos de la Fiscalía.

Este asentimiento de la señorita Beatriz a dividir el sueldo desnaturaliza el delito de concusión imputado al funcionario doctor Flórez Camacho? Cree la Procuraduría que no, por las siguientes razones:

La concusión —que en un principio se confundió con el cohecho— es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder —que es el medio— y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad —que es el fin—. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no sólo es aquél que entraña

la concreta manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirlo a prometer o a entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión **explícita** constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión **implícita** que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego.

En el presente caso, dada la apremiante necesidad económica que experimentaba la señorita Díaz Riveros en los momentos de ofrecérsele el cargo, la sola proposición que le hizo el Fiscal doctor Flórez Camacho de dividir el sueldo con otra persona, creó en aquélla una situación difícil y conflictiva, como es obvio suponerlo: De un lado, la urgencia de tener un medio lícito para, subvenir a sus necesidades y a las de su familia; de otro, la condición puesta por el funcionario de repartir el sueldo; o remediar en parte la grave situación que la asediaba, dividiendo el sueldo, o quedarse sin él, no dividiéndolo, tal fue en el fondo el torturante dilema que el Fiscal doctor Flórez Camacho le planteó a Beatriz con su ofrecimiento al parecer bondadoso.

Naturalmente, ella aceptó el puesto, pero su decisión, aunque voluntaria, no fue espontánea y libre. El **temor** de perder la colocación, la determinó a convenir en la carga de dividir su sueldo que le requería el funcionario oferente. Quiso asirse más a uno que a otro partido, pero apremiada por las circunstancias. He ahí la constricción implícita y velada que envolvía la propuesta del Fiscal, y por eso la entrega de los dineros que Beatriz le hacía no era un acto de sincera espontaneidad, sino algo forzado y de mala gana. Daba, sí, lo que se le exigía, pero bien hubiera querido no darlo.

Véase, si no, cómo se marcan esa constricción y ese desagrado en la psiquis de Beatriz, leyendo los siguientes pasajes de la diligencia de careo:

“El doctor Flórez Camacho me había dicho que ese sueldo **era necesario dividirlo** con otra empleada que trabajaba por fuera, y por eso yo no recibía sino noventa pesos...., yo considero que era

obligación firmar la nómina por la totalidad del sueldo porque de lo contrario no la pagaban....

Preguntada por el doctor Flórez Camacho: Dada la respuesta anterior, por qué en el memorial que usted ha reconocido como verídico en cuanto a los hechos allí afirmados, sostiene que yo la atropellé y robé? Contestó: Porque a mí me parece que eso es un atropello y un robo”.

Tenía el Fiscal autorización legal para descontarle a Beatriz parte del sueldo y entregarle esa cuota a otra persona? Absolutamente.

Los sueldos son las remuneraciones que da el tesoro público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene el derecho de recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente “embargo por ejemplo” impongan descuentos especiales.

Por eso, el artículo 132 del Decreto Ejecutivo No. 1036 de 1904 dispone que “las nóminas serán acompañadas de todas aquellas explicaciones y aclaraciones que puedan estimarse necesarias o conducentes a su objeto, y cuando ocurra el caso llevarán una columna destinada a expresar descuentos o deducciones que deban hacerse en los **sueldos por alguna causa legal**” (subraya la Procuraduría).

Además, el Código de Régimen Político y Municipal asigna al Jefe de cada oficina la obligación de distribuir el trabajo entre **sus subalternos** de una manera equitativa, pudiendo variar la distribución cuando lo juzgue necesario o conveniente para el buen servicio público (artículo 286); y lo faculta para admitir ayudantes que trabajen **sin remuneración**, con el fin de instruirse prácticamente en la manera de desempeñar los diversos destinos públicos; y cuando esto suceda, se procurará colocar a dichos ayudantes, en caso de que haya **puestos vacantes**, que ellos puedan desempeñar perfectamente. (Artículo 330).

Nada más ni nada menos puede hacer en esta materia el Jefe de una oficina pública con sus empleados y con los ayudantes particulares que quieran instruirse en los diversos destinos públicos; esto es, que, en ningún caso, le es permitido dividir el sueldo de sus subalternos, y menos recortárselos para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial.

En esto radica cabalmente el abuso de funciones en que incurrió el Fiscal acusado, creando a su amaño o en forma caprichosa, una decisión contraria a la ley, abuso de autoridad que es uno de

los presupuestos de la concusión exigido por la doctrina y por el artículo 156 de nuestro Código Penal.

Que las intenciones del procesado fueron sanas y nobles al pagar un ayudante con parte del sueldo de su empleada escribiente, a fin de mantener al día la oficina, eso no desnaturaliza el abuso. Los motivos nobles o innobles que en estos casos guían al funcionario en la violación de la ley, apenas servirán para individualizarle la sanción, en el evento de una sentencia condenatoria; y nada más. Lo hecho contra claras normas preestablecidas es de suyo antijurídico y crea una responsabilidad penal de parte del empleado o funcionario que las infringe.

En infracciones de esta naturaleza, como lo ha dicho la Corte, el resultado perturbador del orden jurídico que el acto arbitrario produce, le ha bastado a la ley para considerarlo punible, "sin que pierda ese carácter por la calidad de los móviles o por la intención del agente, o por las consecuencias benéficas o nocivas, justa o injustas respecto de los particulares afectados por el acto".

Por consiguiente, ante disposiciones tan claras y perentorias de la ley, no había lugar a equivocación o error alguno por parte del Fiscal; su conducta se tradujo en la voluntad o propósito de "cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos".

Y esa conciencia de la criminalidad del hecho, esa representación intelectual del mismo y la voluntad de producirlo, inherentes al dolo, aparecerán manifiestas con las propias explicaciones dadas por el procesado.

En el primer informe rendido a la Procuraduría manifestó que "quien trabajaba y recibía todo su sueldo (el subrayado es del mismo funcionario) era la señorita Díaz". (Folio 9, cuaderno No. 1). Luégo, personalmente, ante el propio Procurador General que se hallaba en Bucaramanga, el doctor Flórez Camacho le ratificó lo anterior. Así consta en el documento público que obra al folio 67, donde se lee:

"Cuando el suscrito Procurador estuvo en Bucaramanga en desempeño de una comisión oficial, hubo de escuchar las quejas verbales que entonces se le presentaron, debido a los descuentos que usted (se refiere al Fiscal) hacía al sueldo de la señorita Díaz, quien solamente recibía \$ 90.00 mensuales, siendo así que en la nómina figuraba

con \$ 142.50 en el ya mencionado cargo de escribiente de la Fiscalía.

"En conversación que tuvo usted entonces conmigo desmintió tal aseveración, asegurándome que era perfectamente infundada.

"... Usted procedió entonces a destituir a la señorita Díaz Riveros, y en la nota de explicaciones a que me he referido al principio, confiesa el haberle descontado a esta empleada parte de sus sueldos, asegurando que ello lo hacía para poder pagar el trabajo extra de otra empleada en horas nocturnas y días feriados. Pero esto ha venido a quedar en contradicción con lo que usted me aseguró a mí personalmente, en la explicación verbal que me dio en esa ciudad. Además, en la primera nota de descargos enviada por usted con fecha 27 de febrero, afirmó usted que la señorita Díaz devengaba todo su sueldo desde cuando la señorita González figuraba ficticiamente en la nómina de la Fiscalía, o sea, desde el mes de octubre (sic) del año próximo pasado. Y hoy, ha venido a quedar establecido que la señorita primeramente nombrada solamente percibió sueldo desde el mes de enero de este año (1946) y eso con los descuentos de que se ha hecho relación".

Y ya, a lo último, vino a confesar el doctor Flórez Camacho que su empleada subalterna no recibió mensualmente todo el sueldo, sino apenas noventa pesos, por virtud de convenio celebrado con ella.

Además, la señorita Beatriz declara que el doctor Flórez Camacho le recomendó que no fuera a decir a nadie lo referente al descuento del sueldo (folio 31 v.).

Estos antecedentes y el hecho mismo de haber destituido a Beatriz cuando ésta divulgó la retención de parte de su sueldo, son pruebas suficientes de que el doctor Flórez Camacho tenía conciencia de la ilegalidad del procedimiento adoptado con su subalterna.

Resumiendo, se tiene:

El Fiscal doctor Rafael Flórez Camacho colocó como escribiente de la Fiscalía a la señorita Beatriz Díaz Riveros, a sabiendas de las penosas circunstancias económicas de ésta; le ofreció el cargo, pero con la condición de dividir el sueldo con otra señorita; aceptada esa condición por Beatriz, le descontaba parte de la asignación que a ella le correspondía por sus servicios prestados; la mencionada exigencia impuesta por el funcionario fue arbitraria, por no estar autorizada por la ley; y, finalmente, en ello procedió con malicia.

Ahora bien: como hubo sucesivos descuentos en

el sueldo de Beatriz, o sea, violación repetida de una misma disposición de la ley penal, mediante un solo designio es preciso concluir que se trata de una concusión continuada.

Por lo tanto, hay mérito para dictar auto de proceder contra el doctor Flórez Camacho por esa infracción.

Estando ceñidas a la verdad procesal y jurídica las consideraciones del señor Procurador, la Sala acepta su concepto y, por tanto habrá de sostener el cargo de concusión, en la parte resolutive de esta providencia, con el fin de llamarlo a juicio.

### Falsedad

El delito de falsedad en contra del doctor Flórez Camacho se desprende del informe dado por el señor Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, por el hecho de figurar el nombre de la señorita Carmen González C., como auxiliar de la Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga, siendo así que dicha persona desempeñaba y devengaba su sueldo correspondiente como empleada estampilladora en las Rentas Departamentales.

Los hechos establecidos son los siguientes:

1º—La señorita Carmen González C., desempeñaba en el mes de noviembre de 1946 el empleo de Estampilladora de las Rentas Departamentales. Obra en el expediente el certificado sobre el ejercicio de ese cargo (folio 6, cuaderno No. 1).

2º—Al mismo tiempo se nombró y dio posesión por el señor Fiscal doctor Flórez Camacho, del cargo de auxiliar de la Fiscalía a la misma señorita Carmen González C., en el mes de noviembre de 1946. Obrán en el expediente las copias de nombramiento y posesión (folios 106 y 107, cuaderno primero).

3º—Obrán en el expediente copias auténticas de las nóminas presentadas por la señorita Carmen González C., para cobrar su sueldo como Estampilladora de las Rentas Departamentales de Santander, en el mes de noviembre de 1946 (folios 35, 36 y 37, cuaderno No. 1).

4º—Obrán en el expediente copias auténticas de las nóminas firmadas por el doctor Flórez Camacho y la señorita Carmen González C., como Fiscal y auxiliar de la Fiscalía respectivamente en las dos quincenas del mes de noviembre de 1946 (folios 17 y 18, cuaderno primero).

5º—Obrán en el expediente copia auténtica del recibo expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Santander, como constancia del reintegro hecho por el doctor Flórez Camacho de la

suma de ciento treinta y ocho pesos veintidós centavos (\$ 138.22) que había devengado la señorita Carmen González C., en el supuesto ejercicio del cargo de auxiliar de la Fiscalía del Tribunal Superior.

6º—Declaraciones del señor Magistrado doctor Domingo Arenas Serrano, y de los señores Juan E. Moreno, Carlos Gómez Pradilla y Saúl Villabona A., empleados del Tribunal Superior, que atestiguan no haber visto a la señorita Carmen González C., trabajando en la Fiscalía de aquella entidad, y

7º—La propia confesión del procesado quien acepta el nombramiento y posesión de la señorita Carmen González C., del cargo auxiliar de la Fiscalía en el mes de noviembre de 1946; la no concurrencia de la nombrada a la oficina de la Fiscalía en el mismo lapso; y la restitución del sueldo pagado a la dicha señorita en el mes de noviembre, a la Administración de Hacienda Nacional de Santander.

Sobre estas pruebas, el señor Procurador hace el siguiente análisis y estudio pormenorizado, que la Sala transcribe, como fundamento de esta providencia, por considerarlo completo y ajustado a la realidad procesal.

Dice el señor Procurador:

“Ese procedimiento del señor Fiscal doctor Flórez Camacho constituye un delito de falsedad?”

Pasa a examinarse la cuestión.

“La falsedad, en términos generales, es la alteración consciente de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero para que esa mutación de la verdad en escritos pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

“Y esta exigencia es fundamental, porque el objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

“La fe pública es, por lo tanto, un verdadero bien jurídico tutelado para asegurar la confianza colectiva recíproca que hace posible el desenvolvimiento de la vida común. Esta es la objetividad jurídica violada directamente por el delito de fal-

sedad. Consumada ésta, queda traicionada la confianza colectiva y el delito es perfecto, sin que, por lo mismo, sea de la esencia de la falsedad el perjuicio de tercero, especialmente cuando ella se realiza en documentos públicos, ya que éstos valen por sí mismos.

“Naturalmente, la falsedad, aparte de vulnerar la fe pública, crea al mismo tiempo una situación de peligro contra los derechos ajenos, individualmente considerados, de tal suerte que si se hace uno del documento falso, a sabiendas de que lo es, se incurre en un concurso de delitos, o al menos se agrava la sanción. Por tanto, la falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad.

“Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo (artículos 234, 241 y 242).”

“Además, la falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que “la mentira es el alma de la falsedad”. Esta, por consiguiente, requiere el dolo, pero el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho, sin consideración a determinados fines.

“Al tenor de lo dispuesto por el artículo 231 del Código Penal colombiano, hay falsedad en documentos oficiales cuando el funcionario o empleado público, abusando de sus funciones, falta a la verdad en la narración de los hechos, etc.

“En tal virtud, son presupuestos de este delito:

1º—Que el agente activo de la infracción sea un funcionario o empleado público.

2º—Que altere la verdad abusando de sus funciones, y

3º—Que la falsedad recaiga en un documento público.

“El primer requisito está probado aquí con el Decreto de nombramiento del doctor Flórez Camacho como Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, con el acta de posesión y con el certificado sobre el ejercicio de sus funciones en el mes de noviembre de 1945, en que se elaboraron las nóminas materia de la falsedad.

“El segundo requisito también se halla establecido. Las nóminas correspondientes al mes antes citado contienen una mentira, en cuanto afirman que la señorita Carmen González prestó sus servicios de Escribiente de la Fiscalía en ese lapso, no siendo la verdad.

“Y el abuso de funciones, al consignar ese hecho falso, está en lo siguiente:

“El Decreto Ejecutivo No. 1036 de 1904 (diciembre 27) reglamentó cuidadosamente todo lo referente a las nóminas. Allí se estatuye:

“Artículo 162. Ningún gasto nacional será reconocido o mandado pagar a virtud de simple petición verbal del acreedor. Todo individuo que se considere con derecho a recibir alguna suma que el tesoro nacional haya de erogar a título de gasto, debe presentar al respectivo ordenador la cuenta con que formula su cobro. Esta cuenta, según la naturaleza del crédito reclamado, es la que toma las diferentes formas y denominaciones de **nómina**, factura, lista de revista, etc., y, según los casos, debe redactarse y documentarse, cuando es necesario, con arreglo a los métodos del respectivo título”.

“Artículo 122. Los sueldos fijos de actividad de todos los funcionarios o empleados públicos, tanto civiles como militares, se devengan mes por mes, y para que puedan ser reconocidos se requiere:

“1º—Nombramiento o elección por autoridad o corporación competente;

“2º—Toma de posesión del empleo con prestación de la promesa legal;

“3º—Nómina en que certifique el Jefe de la respectiva oficina o corporación la asistencia del empleado al cumplimiento de sus deberes, durante el tiempo a que se extiende la reclamación”.

“Artículo 125. La asistencia del empleado o funcionario al cumplimiento de sus deberes se comprobará en todo caso, con la respectiva nómina, con arreglo a lo dispuesto en los artículos siguientes”.

“Artículo 126. Las nóminas o listas de revista de los funcionarios o empleados que sirvan en corporaciones políticas o civiles, en cuerpos militares o en oficinas compuestas de varios empleados, serán colectivas y se formarán con arreglo al modelo No. 2, y serán firmadas por el Presidente y el Secretario de la corporación pública, o por el Jefe de la oficina o por el del cuerpo militar, respectivamente.

“Artículo 131. . . . Del mismo modo se incluirá en la nómina el nombre de cualquier empleado que

no haya concurrido a la oficina o que se halle en uso de licencia con sueldo o sin él”.

Artículo 132. Las nóminas serán acompañadas de todas aquellas explicaciones y aclaraciones que puedan estimarse necesarias o conducentes a su objeto, y cuando ocurra el caso llevarán una columna destinada a expresar descuentos o deducciones que deban hacerse en los sueldos por alguna causa legal”.

Como un resumen de todos estos requisitos, la Contraloría General de la República dictó su Resolución reglamentaria No. 783 de 1946, de la cual merecen transcribirse los dos primeros artículos, que son aquí los pertinentes. Dicen así:

“Artículo 1º Los gastos que efectúen la Superintendencia Bancaria, el Banco Postal, el Fondo Rotatorio de Fomento Económico, la Superintendencia de Sociedades Anónimas y cualesquiera otras entidades oficiales o semi-oficiales cuya fiscalización y control de ingresos y egresos y examen, glosa y fenecimiento de las cuentas le correspondan a la Contraloría General de la República, se comprobarán por medio de nóminas y planillas, en cuanto respecta al pago de sueldos y jornales, y por cuentas de cobro, facturas y demás documentos usuales en el comercio. Las nóminas contendrán los detalles referentes al nombre del empleado, el cargo que desempeña, asignación mensual, período a que se refiere el sueldo devengado, los descuentos correspondientes debidamente detallados y los saldos líquidos; además debe anotarse el número de la cédula de identidad si fuere el caso....”.

Artículo 2º Las nóminas y planillas por sueldos y jornales no tienen carácter reservado; son simples **documentos públicos** que deberá liquidar el empleado pagador, y en ellos estarán incluidos individualmente todos los sueldos y jornales de la respectiva entidad en cada período de pago. Consecuencialmente quedan eliminadas las liquidaciones globales y las planillas y nóminas adicionales y los pagos correspondientes. Los empleados y obreros firmarán las nóminas y roles después de que estuvieren liquidados sus emolumentos, y una vez aprobados por el funcionario jerárquico administrativo que corresponda”.

La misma Contraloría, en circular general número trece de mil novecientos treinta y tres (septiembre 20) dispuso entre otras cosas:

“Los comprobantes de gastos por concepto de sueldos los constituyen las nóminas respectivas, en las que debe aparacer la firma con el **recibí** de los empleados que en ella figuran, lo mismo que la

certificación del Jefe de la oficina de que el servicio se ha prestado”.

Todas las normas copiadas imponen, pues, deberes especiales a los Jefes de las oficinas públicas en materia de nóminas, primordialmente la obligación de certificar sobre la asistencia del empleado durante el tiempo a que se extiende el cobro de su sueldo, lo mismo que incluir en la nómina “el nombre de cualquier empleado que no haya concurrido a la oficina”.

Pues bien: el doctor Flórez Camacho quebrantó estos perentorios mandatos al certificar con el “visto bueno” puesto en las nóminas que Carmen González trabajó en la Fiscalía durante todo el mes de noviembre de 1945, siendo absolutamente falso ese hecho.

Ahí está el abuso de arbitrariedad, que consiste en que el funcionario o empleado público, con un mero acto de voluntad, pasa por encima de lo que es precepto o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general. Por tanto, el acto arbitrario es siempre el que contradice el derecho escrito, es la negación de la norma positiva.

Como dice un autor, “el mandato arbitrario es aquél que no se funda en un principio general —aplicable a todos los casos análogos— sino que responde a un simple **porque sí**, porque me da la gana, en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general.

“En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos de una manera regular, que tienen validez para todos los casos parejos que se presenten. Es precisamente característica esencial de la norma jurídica el ligar necesariamente al mismo poder que la dictó. El poder jurídico está ligado por las normas vigentes; y solo obra jurídicamente en la medida en que se acomodan a ellas y dentro de las facultades que las mismas le conceden”.

“Y en cuanto al tercer requisito de esta clase de falsedad —el documento público—, se considera:

“En su alegato del folio 108, cuaderno 2º el doctor Flórez Camacho sostiene ahincadamente que una nómina no es documento público, sino privado. Y la tesis adquiere mayor entidad, si se tiene en cuenta que la propia Corte Suprema de Justicia ha sentado doctrinas antagónicas sobre el particular.

“En efecto, en el tomo I de la jurisprudencia de esa ilustrada corporación, se lee:

“Una nómina para cobrar sueldos es un documento oficial, y si en ella se incurre en alguna fal-

edad, de ésta son responsables los empleados que intervinieron en su formación" (número 2527).

"Y en el tomo III aparece:

"Una nómina para cobrar sueldos, por servicios prestados al Gobierno, no puede considerarse como un documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para que le ponga el **visto bueno**" (número 2562).

"La nómina es un documento que le sirve al empleado o empleados que deben recibir un sueldo, para que quien ha de pagarle haga el pago; y cuando éste se ha hecho, le sirve al pagador para comprobar la erogación indicada en ella. Es simplemente una cuenta cobro, antes del pago, y un recibo del pago cuando éste se efectúa.

Las nóminas que presentan para cobrar sueldos los empleados públicos no tienen por consiguiente el carácter de documentos públicos y auténticos: ellas no son expedidas por funcionarios que ejercen un cargo por la autoridad pública, sino formadas o hechas por los respectivos empleados en beneficio propio y en su carácter de acreedores del Tesoro". (El mismo fallo número 2563).

"La Procuraduría se inclina por la primera de aquellas doctrinas, o sea, que la nómina sí es un documento público. Ensayará demostrarlo.

"Dice el artículo 1758 del Código Civil que "instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario".

"Y el artículo 632 del Código Judicial enumera como documentos auténticos, entre otros, "los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones".

"Igual concepto se desprende, más o menos, del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal.

"Al tenor de dichas disposiciones, el documento es público o auténtico cuando se reúnen estos presupuestos:

"a) Que esté autorizado, o sea que lleve la firma del respectivo funcionario.

"b) Que se extienda con las formalidades legales, o sea, con los requisitos que la ley exige en cada caso particular.

"Cuando aquí se habla de **Ley**, debe entenderse "comprendida toda disposición jurídica genérica dictada por autoridad competente, es decir, que se comprenden las leyes propiamente dichas y las reglamentaciones dictadas válidamente para regular una actividad administrativa", como enseñan los expositores, y

"d) Que el funcionario de quien procede el do-

cumento tenga competencia para actuar en él. esto es, autorización legítima.

"Conocidos los requisitos del documento público, queda, por eliminación, fijado el concepto de documento privado, que será aquel al cual le faltan todos o algunos de los elementos del instrumento público.

"Armando M. Raggi, comentador del Código Penal cubano, define así el documento privado: "Por documento privado debemos entender aquellos, originales jurídicamente relevantes, no formados mediante la intervención de ningún funcionario público, y que contienen una declaración o un atestado debido exclusivamente a una persona privada".

"Carrara da una noción muy sencilla y clara de estas dos clases de documentos. Dice el maestro:

"Los documentos pueden ser **públicos** o **privados**, según que emanen de una autoridad competente o de la mano de un particular".

"La nómina es una cuenta de cobro que formulan los empleados o funcionarios oficiales contra el Tesoro Público para que se les pague la prestación de sus servicios. Pero, a la vez que es un simple cobro, el documento que lo contiene debe ir rodeado de especiales requisitos por parte del Jefe de la Oficina, para que tenga validez y sea aceptado. Esos requisitos esenciales son la autorización (firma) y el **visto bueno** o **certificación** sobre el contenido de la nómina, al tenor de las reglamentaciones administrativas que se dejan copiadas (Decreto Ejecutivo No. 1036, Resolución No. 783 de la Contraloría y circular No. 13 de la misma entidad).

"Ese **visto bueno**, como lo ha dicho la H. Corte, es una frase abreviada del lenguaje forense que significa esto: "es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa". Equivale nada menos que a la certificación del Jefe de la Oficina pública, en cuanto afirma que los empleados han prestado realmente sus servicios y se han ganado el sueldo.

"En tal virtud, en toda nómina se descubren los caracteres del documento público, a saber:

1ª—Va autorizada por el Jefe de la Oficina o **funcionario público**, no como simple particular, sino en calidad oficial.

2ª—Lleva **ritualidades legales** (en el sentido genérico de ley) fijadas por la autoridad pública, especialmente la certificación de que el contenido de la nómina corresponde a la verdad, y

3ª—Sólo el Jefe de la Oficina es el **competente** para dar tal certificación, la cual viene entonces a

constituirse para ese empleado una de las funciones inherentes de su cargo, en lo atinente a los libros de los sueldos. (Art. 63 de la Constitución).

"Seguramente, debido a estas solemnidades de la nómina, la Contraloría General de la República la clasificó como un documento público, según lo dijo expresamente en su Resolución No. 783 de 1946, ya conocida.

"Resulta, pues, clarísimo que el Jefe de la Oficina, cuando autentica la nómina y firma el certificado que ella debe contener, asume un doble papel: el de acreedor del Tesoro Público por los servicios prestados y el de dar fe, como funcionario, de la verdad de los hechos que contiene la nómina. Esta última modalidad es de la esencia del documento para que pueda ser pagado por la entidad oficial correspondiente.

En consecuencia, la nómina tiene dos procesos importantes: la simple relación de los créditos que se cobran al Tesoro Público, y la certificación oficial o **visto bueno** que le pone el Jefe de la Oficina, de que la cuenta es verdadera y corriente. Cumplidas esas dos fases, el documento está perfecto y hace plena fe por sí mismo.

De ahí, que bien entendida la doctrina de la H. Corte, según la cual, la nómina "no puede considerarse como un documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para que le ponga el visto bueno", solo se refiere a la mera elaboración del documento hasta ponerlo en estado de recibir la certificación del funcionario, pues cuando esto se hace, entonces ya la nómina se transforma en algo de superior jerarquía, esto es, en un verdadero instrumento público.

Así las cosas, repugnaría a los principios jurídicos sostener que una nómina es un documento privado, ya que ningún instrumento de esta naturaleza lo extiende un funcionario público competente con formalidades legales y en ejercicio de su cargo, como ocurre con la nómina.

Además, si la nómina fuese un documento privado, el empleado pagador no podría admitirla llanamente, con su simple presentación, y hacer el gasto respectivo, porque es un principio de derecho procesal que esta clase de documentos que provienen de los particulares, exceptuando los instrumentos negociables, no tienen valor probatorio sino cuando son reconocidos por alguno de los medios que consagra la ley: Reconocimiento expreso, tácito, ficto, inscripción y por atestación. Y a nadie se le ha ocurrido hasta ahora que las firmas de las nóminas deban ser previamente reco-

nocidas por los empleados que allí figuran, para que el Tesoro Público pueda aceptarlas, y hacer la erogación que se le demanda por concepto de sueldos.

Por consiguiente, la falsedad se consumó en un documento público.

Sólo queda por resolver si el Fiscal doctor Flórez Camacho alteró la verdad de las nóminas en una forma dolosa, por simple equivocación, negligencia o cualquiera otra causa ajena a la intención, pues la falsedad no es susceptible de culpa.

El caso, por este aspecto subjetivo, no ofrece dificultad.

En efecto, siendo un hecho tan realmente vivido por el Fiscal doctor Flórez Camacho, el de que la señorita Carmen González no concurrió un solo momento a la Fiscalía a prestar servicios de escribiente durante todo el mes de noviembre de 1945, el certificado que él puso en las nóminas sobre la efectiva prestación de tal servicio, no tienen otra explicación que la de un acto consciente e intencionado de su parte.

Decir lo contrario de lo que se sabe por la propia experiencia, es faltar a la verdad con conocimiento de causa y mañosamente. No se ve, por lo tanto, posibilidad alguna de error o equivocación en esta materia.

El procesado ha dicho sin ambages que quien trabajaba en la Fiscalía era la señorita Beatriz Díaz Riveros, y que la señorita Carmen González "prestó bondadosamente su nombre", para que quien iba a ser titular del cargo, "devengara su sueldo". Es decir, que el hacer figurar a la señorita Carmen, en vez de la empleada titular, fue algo convenido, algo preparado por el señor Fiscal, puesto que consiguió que esta última señorita prestara "bondadosamente su nombre" para confeccionar las nóminas (folio 9, cuaderno No. 1).

En su indagatoria afirma el doctor Flórez Camacho:

"... como la señorita Díaz Riveros carecía de tarjeta de identidad y de certificado de la Identificación, el que solamente obtuvo a principios de diciembre, se nombró a la señorita Carmen González con el fin de que la señorita Beatriz Díaz recibiera el sueldo del mes y en esa forma pudiera comprar ropa, calzado, y demás artículos de necesidad para presentarse decentemente a la oficina".

Y en su alegato del folio 119 (cuaderno segundo) sostiene que "el cambio de nombres en la nómina o uso de un nombre que no era el de la titular del cargo, no constituye delito ni de falsedad de documentos ni de estafa".

Todo esto pone de presente que el procesado obró con plena conciencia de que las nóminas del mes de noviembre contenían un hecho absolutamente falso en cuanto al empleado que figuró como escribiente de la Fiscalía.

Y aun admitiendo, como lo sostiene el doctor Flórez Camacho, que ese procedimiento lo adoptó con fines altruistas, o sea para beneficiar a la señorita Beatriz Díaz Riveros, y nunca para perjudicarla, a ello cabe replicar que, en tratándose de falsedad de documentos públicos ni la doctrina ni nuestra ley penal exigen como requisito para su existencia el del perjuicio de terceros; pues ya se dijo que el objeto jurídico que estas infracciones vulneran es el de la fe pública, y que, violada ésta con la alteración de la verdad que el espíritu debe contener, queda perfecta la falsedad punible.

Y no sobra anotar que los fines altruistas que alega el procesado, tampoco tienen fundamento. Sus afirmaciones al respecto fueron contradichas por la presunta beneficiada, señorita Díaz Riveros, quien persistentemente ha declarado que no recibió un solo centavo por sus servicios en la Fiscalía en los meses de noviembre y diciembre. Y ese cargo se lo sostuvo al doctor Flórez Camacho en el careo realizado con él. He aquí las palabras de Beatriz.

“Preguntada: ¿quién cobró el sueldo que a usted le correspondía en el mes de noviembre? Contestó: Yo no lo cobré ni supe quién lo cobraría. Preguntada: ¿Usted recibió su sueldo correspondiente al mes de diciembre? Contestó: No señor, no lo recibí. Preguntada: ¿Usted le hizo algún reclamo al doctor Flórez Camacho en relación con esos sueldos? Contestó: No señor, porque el doctor Flórez Camacho me dijo que no comenzaba a ganar sueldo sino desde el mes de enero... Preguntada por el doctor Flórez Camacho: Diga usted si cuando vino a trabajar a la oficina estaba enferma y no se había podido hacer tratar y si con el dinero que le entregué yo a usted en noviembre equivalente a la primera quincena de ese mes, usted concurrió a donde el doctor Rafael Ordóñez a que la tratara, habiendo pagado el tratamiento y las consultas médicas, según usted misma me lo dijo, con ese dinero que yo le entregué? Contestó: Falta a la verdad el doctor Flórez Camacho, porque ni él me entregó dinero ninguno, ni yo estaba enferma ni me hice ver del médico doctor Ordóñez. En esos meses de noviembre y diciembre del año pasado no me hice ver del doctor Ordóñez... Preguntada por el doctor Flórez Ca-

macho: No le entregué yo a usted el veinte de diciembre un dinero con el cual compró usted un corte blanco, de seda, de pepitas y unos zapatos blancos y otros negros y dos cortes más para vestidos de entre casa, uno de los cuales era de medio luto? Contestó: No es cierto, no he comprado nada de eso que dice el doctor Flórez.

“Por donde se ve cómo la falsedad cometida en las nóminas sí jugaba un papel importante con los sueldos que le correspondían a Beatriz, y con el delito de concusión de que ella fue víctima.

En resumen: Aparece establecido que el doctor Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal, consumó una falsedad ideológica en las nóminas del mes de noviembre de 1945, delito que también debe tenerse como continuado, dada la reintegración de él por dos ocasiones y el propósito único que lo determinó”.

Debe, pues, enjuiciarse igualmente al procesado por tal infracción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, aceptando las razones del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: 1º—Llamar a responder en juicio criminal al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos de que se ha hecho mención, comprendidos en el Libro II, Título III, Capítulo II y Título VI, Capítulo III del Código Penal, respectivamente, en relación con el Libro I, Título I y Capítulo III de la misma obra. 2º—Decretar, como en efecto lo hace, la detención preventiva del doctor Rafael Flórez Camacho. Para hacerla efectiva, solicítase del Gobierno Nacional la suspensión del doctor Flórez Camacho del cargo de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que actualmente desempeña.

Cópiese, notifíquese y adviértase al enjuiciado el derecho que tiene a nombrar defensor ante la Corte.

Ricardo Jordán Jiménez. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

NOTA—Véase en las páginas 148 y ss. de este mismo número de Gaceta, el auto que resolvió negativamente la reposición interpuesta contra la presente providencia.

## INTERVENCION DE FUNCIONARIOS PUBLICOS EN LA POLITICA. — CUANDO TIENE CARACTER DELICTIVO,

Es claro que el funcionario o empleado público debe evitar, en cuanto sea posible, todo comentario público sobre temas políticos o que se relacionen con ellos, precisamente para conservar su independencia e infundir confianza en los asociados sobre la imparcialidad de sus actos tanto públicos como privados. Una conducta distinta a ésta, siempre inspira a los ciudadanos el temor, la duda o la sospecha de que los actos del funcionario puedan resultar tachados —en determinado momento— de parcialidad política; por —eso se repite— que la simple exteriorización de ideas políticas o el comentario que de esos temas se haga, no constituye infracción penal.

Lo que la Constitución Nacional y la ley prohíben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, sean miembros activos de los partidos políticos, o intervengan en los debates de carácter electoral o políticos. Los funcionarios de la rama jurisdiccional pueden asumir el carácter de miembros activos de un partido político, cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates de carácter electoral o políticos, intervención que puede desarrollarse en actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate; toda otra actuación que no haga relación directa a estos hechos puede ser censurable respecto del funcionario que la realiza pero no constitutiva de delito.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

En providencia de 10 de febrero de 1948, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Juan N. Mojica ex-Juez Penal del Circuito de Soatá, a quien se le acusó por los delitos de abuso de autoridad —intervención en política— y prevaricato.

### Hechos

El 12 de abril de 1947, cuando Luis A. Medina se encontraba en el andén del Edificio Municipal de Soatá, pasaron los agentes del resguardo de rentas Isidro Díaz Burgos y Estanislao Roza Salazar. Se afirma en el auto de 18 de abril de 1947, que Medina les dijo a los agentes: “me bombardearon la casa; se querían tragar a mis hijos y a mi mujer, porque no me mataron a mí en vez de ser tan cobardes”, pero Burgos manifiesta que las palabras de Medina fueron estas: “gran hijueputa Ud. es el que se las da de macho? Aquí se muere”, y Salazar expresa: “gran hijueputas, Uds. son los que se las dan de perros? Aquí se mueren”. Medina sostiene que Burgos le hizo cinco disparos, en cambio Burgos y Salazar dicen que esos disparos fueron hechos después de que Medina rastrilló por repetidas veces una pistola sin lograr que el arma diera fuego.

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra Isidro Díaz Burgos, y, posteriormente, en providencia de 24 de abril de 1947 concedió el beneficio de libertad provisional al sindicado. Pero el Juzgado Penal del Circuito de Soatá a cargo del Juez acusado, en auto de 29 del mes y año citado, revocó la providencia del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal.

Se acusa al Juez Penal de Circuito de Soatá, doctor Juan N. Mojica, por haber procedido con marcada parcialidad en la investigación de los hechos protagonizados por Luis A. Medina e Isidro Díaz Burgos, pues algunos testigos manifiestan que demostraba contrariedad cuando las declaraciones no “favorecían en nada al contendor de sus simpatías”, y también, por actuaciones políticas, cargo que se deduce del informe rendido al Ministerio de Justicia por el Juez Noveno de Instrucción Criminal cuando afirma:

“Un hecho no menos importante, por la gravedad que reviste, consiste en la beligerancia política desplegada por el Juez de Circuito en lo Penal, quien, según el común decir de los habitantes de Soatá, olvidando su cargo de Juez, aparece como Jefe del Gaitanismo de aquella población”.

### Pruebas

Al sumario se allegaron en copias las diligencias principales practicadas por el Juzgado Penal del Circuito de Soatá, en el proceso iniciado contra

Isidro Díaz Burgos, y algunas declaraciones de testigos tendientes a demostrar la verdad de los hechos investigados.

Se acreditó el carácter de funcionario de la rama jurisdiccional que tenía el doctor Juan N. Mojica —en ese entonces— mediante el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, también, se recibió declaración indagatoria al acusado en relación con los cargos que se le imputan.

#### Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Delegado en lo Penal, después de analizar los hechos, tanto en lo relativo al delito de prevaricato, como al de abuso de autoridad por intervención en política, pide se confirme la providencia del Tribunal.

Se considera:

El delito de prevaricato proveniente de actuaciones realizadas por el Juez acusado, en la tramitación del sumario seguido contra Isidro Díaz Burgos, no está demostrado.

Es verdad que algunos testigos afirman que el doctor Juan N. Mojica en la instrucción del sumario hacía manifestaciones de que algunas declaraciones no servían porque no favorecían al ofendido Luis A. Medina, pero es lo cierto, que esos testimonios no fueron recibidos con asistencia del Agente del Ministerio Público y es lógico suponer que este funcionario —de ser ciertas las afirmaciones de algunos declarantes—, hubiera impedido que el Juez acusado presionara la voluntad de los testigos en este o aquel sentido, y la exteriorización de su protesta contra ese acto ilegal se hubiera consignado en la respectiva declaración.

Así, pues, el cargo carece de fundamento por no estar comprobados los elementos del delito.

Tampoco está demostrado el cargo que por un delito de abuso de autoridad —intervención en política— le hubiera hecho el Juez Noveno de Instrucción Criminal, al doctor Juan N. Mojica:

En el proceso, únicamente se ha comprobado que el Juez acusado es un fervoroso partidario del doctor Jorge Eliécer Gaitán; que en varias reuniones (no de carácter político) y, conversaciones particulares hacía ostentación de sus ideas políticas y censuraba los actos del Gobierno, pero esa libertad de emitir sus opiniones en torno a determinado credo político y la censura a los actos del Gobierno, no es propiamente lo que la ley sanciona como una infracción de la ley penal.

Es claro que el funcionario o empleado público debe evitar, en cuanto sea posible, todo comentario público sobre temas políticos o que se relacionen

con ellos, precisamente para conservar su independencia e infundir confianza en los asociados sobre la imparcialidad de sus actos tanto públicos como privados. Una conducta distinta a ésta, siempre inspira a los ciudadanos el temor, la duda o la sospecha de que los actos del funcionario pueden resultar tachados —en determinado momento— de parcialidad política, por —eso se repite— que la simple exteriorización de ideas políticas o el comentario que sobre esos temas se haga, no constituye infracción penal.

Lo que la Constitución Nacional y la ley prohíben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, sean miembros activos de los partidos políticos, o intervengan en los debates de carácter electoral o políticos. Los funcionarios de la rama jurisdiccional pueden asumir el carácter de miembros activos de un partido político, cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates de carácter electoral o políticos, intervención que puede desarrollarse en actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate; toda otra actuación que no haga relación directa a estos hechos puede ser censurable respecto del funcionario que la realiza pero no constitutiva de delito.

En el caso de estudio, no se ha demostrado la intervención activa del sindicado como dirigente del liberalismo gaitanista de Soatá, en el sentido de que esa intervención configurara alguno de los hechos sancionados por el artículo 180 del Código Penal, “ni se probó tampoco —dice la Procuraduría— que formara parte de ningún directorio o comité de dicha parcialidad, ni fue visto en reuniones de carácter partidista, ni en fin, se le pudo inculpar de haber verificado acto alguno ostensible en beneficio de sus ideas políticas o en contra de las ajenas”. Es decir, los comentarios sobre los actos del Gobierno o sobre temas políticos que hiciera el Juez acusado, si bien es verdad que merecen la censura de los funcionarios de la rama jurisdiccional, ellos no son constitutivos de delito.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA CAUSAL QUINTA

1.—Como lo ha repetido la Corte, la causal 2ª de casación no puede tener cabida en los juicios en que interviene el Jurado, porque el Tribunal de hecho decide en conciencia y, por consiguiente, la valorización de las pruebas corresponde a un proceso subjetivo que no es susceptible de modificación por un tribunal que ha de decidir directamente sobre el fallo de derecho y no sobre la apreciación íntima que los jurados pudieron tener para llegar al veredicto.

2.—Siendo la casación penal por su esencia misma un juicio de derecho contra la sentencia, sería tanto como desnaturalizarla hacerla extensiva hasta inquirir si la convicción íntima del Jurado tuvo bases en el proceso penal.

3.—Es doctrina de la Sala que para que un fallo se invalide por virtud de la causal quinta, es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego exigirles responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

### Vistos:

El Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pamplona; en sentencia de fecha 14 de octubre de 1947, condenó a Samuel Rozo a sufrir la pena principal de quince años de presidio y las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de su hermano Marcelino Rozo.

Por apelación interpuesta contra aquella sentencia, conoció el H. Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, entidad que, por medio de provi-

dencia de fecha veintitrés de septiembre próximo pasado, confirmó la de la primera instancia.

Contra la sentencia del Tribunal Superior antes mencionada, se interpuso el recurso de casación y en su debida oportunidad se formuló la correspondiente demanda que se procede a estudiar.

Como el expediente original contentivo de la causa contra Samuel Rozo desapareció en el incendio del edificio que ocupaba la Procuraduría General de la Nación en los sucesos del nueve de abril último, la Corte debe resolver el recurso sobre la copia de la sentencia recurrida y la demanda de casación presentada por el sentenciado y su defensor; doctor Pablo A. Rosas.

### Demanda

Los recurrentes invocan como causales de casación la segunda y la quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. La causal segunda como principal y, como subsidiaria, la quinta.

### Causal segunda

Dicen los demandantes que en la sentencia recurrida hay lugar a casación, "por cuanto en ella no se tomaron en cuenta los hechos que fueron acreditados en el proceso, mediante los medios de prueba que se allegaron en el término oportuno de la causa penal", y que el fallo del Jurado de Conciencia que juzgó al procesado Manuel Rozo, "quebrantó la noción más elemental en materia de decisiones por dicho Tribunal, una vez que la notoria injusticia y la violación flagrante del criterio sobre convicción íntima se llevaron de calle en cuanto hace relación a las premisas del mismo juicio penal y las conclusiones que deben sacarse de tales premisas".

La causal segunda invocada por el recurrente, y cuya enunciación acaba de hacerse, no puede tener cabida en los juicios en que interviene el Jurado. En múltiples ocasiones así lo tiene resuelto la Corte, fundándose en la consideración de que el Tribunal de hecho decide en conciencia y, por consiguiente, la valorización de las pruebas corresponde a un proceso subjetivo que no es sus-

ceptible de modificación por un Tribunal que ha de decidir directamente sobre el fallo de derecho y no sobre la apreciación íntima que los jurados pudieron tener para llegar al veredicto.

Si prosperara la causal segunda tendría que entrar la Sala en una discriminación probatoria, que por sustracción de materia no se podría hacer al margen del proceso, que no existe por haberlo consumido el fuego. Pero así y todo, no es ello menester, porque el estudio de esta causal está fuera de las atribuciones de la Corte, por el mismo querer del legislador. De atenderse a las críticas que el recurrente formula a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, habría que considerar a la Corte como Tribunal de tercera instancia e iniciar un estudio sobre la contraevidencia del veredicto, que resultaría improcedente toda vez que el proferido contra el reo Samuel Rozo tiene la característica de ser segundo pronunciamiento por parte del Jurado, que al tenor del inciso 3º del artículo 537, es invulnerable, por definitivo.

Siendo la Casación penal por su esencia misma un juicio de derecho contra la sentencia, sería tanto como desnaturalizarla hacerla extensiva hasta inquirir si la convicción íntima del Jurado tuvo bases en el proceso penal. Luego la pretensión del recurrente por este aspecto de la demanda no puede prosperar.

#### Causal quinta

“No expresar la sentencia, clara y terminante, cuáles son los hechos que se consideran probados”.

Es doctrina de la Sala que para que un fallo se invalide por virtud de esta causa, es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego exigirles responsabilidad.

No puede desconocerse que el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona acusa alguna concisión. Pero aún así se llenan en él todos los requisitos legales, en orden a la discriminación de los hechos, al establecimiento del cuerpo del delito y a la responsabilidad del procesado, como también al estudio del veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, las disposiciones que se consideraron infringidas por el reo según los términos mismos del fallo popular y la circunstancia modificadora que implica el parentesco de segundo grado de consanguinidad entre el homicida y el occiso, probada según lo anota la sen-

tencia “con las pruebas de rigor pertinentes y con la confesión de tal vínculo por el mismo procesado”.

El artículo 163 de la Codificación Constitucional exige que toda sentencia debe ser motivada. A este mandato de la Carta fundamental responde el artículo 159 del Código Procesal Penal con la exigencia de algunas reglas para el ordenamiento de la sentencia. Quieren así la Constitución y la Ley de la República que el proceso penal culmine con una providencia en donde todos los hechos y circunstancias que sean necesarios dilucidar para la conclusión definitiva que constituye la parte resolutive del fallo, sean objeto de un análisis a fin de considerarlos todos, ya que ellos mismos sirven para determinar la responsabilidad y para fijar la cuantía y gravedad de la pena. Disponiéndose aquí, como se dispone, de la sentencia del Tribunal, corta y concisa sí, pero suficiente para el examen de la responsabilidad del reo, es como lo dice la Procuraduría, que se tienen los elementos necesarios para el fallo, pues se conoce cuál fue el delito cometido, cuál la víctima, en qué circunstancias la eliminó, qué veredicto pronunció el Jurado y cuál la pena que merece el delincuente. Es decir, se reúnen en la providencia del Tribunal, todos los presupuestos de una sentencia definitiva que en esta clase de juicios por jurados, tiene su sustento en el veredicto.

No habiéndose invocado causal distinta de las estudiadas, no corresponde a la Corte discriminación alguna sobre la aplicación de la pena o errónea interpretación de la ley penal.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia pronunciada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha veintitrés de septiembre del presente año, en la cual se condenó a Samuel Rozo a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de la muerte de Marcelino Rozo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## ERRONEA APLICACION DE LA PENA EN UN DELITO DE ROBO

**El aumento de pena que hizo la sentencia en el caso a que alude el proceso no se justifica porque habiéndose tomado como sanción básica la del artículo 404 del Código Penal, que contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes de que habla el artículo 403, la sanción penal debe regirse por aquella disposición, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400.**

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

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

**Vistos:**

En sentencia de diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito, que condena a René About o René Abot, ciudadano de nacionalidad francesa, a la pena principal de siete años de presidio, por el delito de robo, en cuantía de doce mil trescientos veinte pesos, cometido contra el patrimonio del señor Vital Rosanía.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del procesado, doctor Pablo Emilio Manotas, quien oportunamente presentó la demanda, que se fundamenta en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, en la indebida aplicación de la ley.

**Hechos:**

Con fecha 28 de octubre de 1942, el señor Vital Rosanía, residente en la ciudad de Barranquilla, presentó denuncia criminal para que se investigara el delito de robo de diez mil pesos en dinero y algunas joyas de su propiedad, que se hallaban dentro de una caja fuerte que el denunciante tenía en una dependencia del edificio situado en el

callejón de La Paz, entre las calles Soledad y Esperanza, de la ciudad de Barranquilla; manifestó, además, el señor Rosanía, que para la sustracción del dinero y de las joyas, los ladrones habían perforado la pared de la habitación que conducía a la caja fuerte, también violentada.

El Juzgado Primero Superior de Barranquilla, después de prolongada instrucción sumaria, llamó a juicio a René About o René Abot y a Francisca o Francia Elena Mina, por el delito de robo, providencia que mereció la confirmación por parte del Tribunal de instancia.

Adelantada la causa con los trámites que corresponden al juicio por jurados, se formularon a éstos dos cuestionarios correspondientes a cada uno de los procesados.

En relación al procesado René About se interrogó así al Jurado:

“El acusado René About o Abot René (a. El Gago), es responsable de lo siguiente: de haberse apoderado, por medio de violencia ejercida sobre la pared y el fondo de una caja fuerte de diez mil pesos (\$ 10.000,00) moneda legal, en billetes, y de joyas por valor de dos mil trescientos veinte pesos (\$ 2.320.00), pertenecientes al señor Vital Rosanía, en cuya casa de habitación se encontraban dichos bienes muebles, con propósito de aprovecharse de ellos, hecho ocurrido en esta ciudad, en el año de mil novecientos cuarenta y dos (1942), todo de conformidad con el auto de proceder?”

“Sí”, fue la contestación dada por el Tribunal popular al anterior cuestionario; y, en lo referente a la procesada Francisca Elena Mina, la contestación del Jurado fue negativa.

Teniendo como base el veredicto del Jurado, el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, condenó a René About a la pena principal de siete años de presidio, por el delito de robo investigado; y, absolvió a Francisca Elena Mina, por los cargos formulados en el auto inculminatorio.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito.

**Demanda**

Invoca el demandante la causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, esto es,

por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma.

Este es el único motivo de casación que el demandante invoca y sustenta, fundado en dos razones:

1ª—Que el Tribunal agravó la pena aplicable al acusado, imponiéndole la sanción del artículo 404 del Código Penal con el aumento que autorizan los artículos 399 y 403 del mismo estatuto, lo cual es injurídico, ya que teniendo en cuenta el primer precepto (artículo 404), no debe hacerse sobre él los aumentos que autoriza el 403; y

2ª—Que el Tribunal aceptó, al adaptar la sanción, la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, “cuando en el proceso no hay constancia de que René About hubiese incurrido en condenaciones anteriores judiciales o de policía”.

Se considera:

Teniendo en cuenta lo determinado en el auto de llamamiento a juicio y de acuerdo con el veredicto del Jurado, René About fue declarado responsable del delito de robo en cuantía de doce mil trescientos veinte pesos, en bienes —dínaro y joyas— pertenecientes al señor Vital Rosanía. Hecho que tuvo su realización en el año de 1942, en la ciudad de Barranquilla.

Al fijar la sanción, tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal, luégo de afirmar que no era aplicable al caso la Ley 4ª de 1943, por ser posterior al delito, al hacer la adaptación de la pena imponible al procesado razonaron así:

“...Según el artículo 402 del Código Penal el robo será sancionado con prisión de OCHO MESES A SEIS AÑOS. Según el artículo 403 son aplicables al robo los artículos 398, 399 y 400 del mismo cuerpo de ley. Aplicando dichas disposiciones tenemos que por la cuantía de lo robado hay lugar a aumentar hasta en la mitad la sanción correspondiente. De conformidad con el artículo 404 la pena de robo será de tres a catorce años de presidio si se cometiere con perforación de pared, en habitación como sucedió en el presente caso. Esto significa que dentro de la modalidad de nuestra legislación cuando entre otras circunstancias el robo se cometiere con perforación de pared de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas la pena del artículo 404 sustituye a la del 402. En el informativo consta que Vital Rosanía y otras personas habitaban ese lugar, así se consideró también en el auto de proceder y el hecho fue aceptado por los jueces de conciencia. De esta suerte tenemos en principio que a René About corres-

ponde una pena que puede fluctuar entre tres a catorce años de presidio.

“Esta sanción para René About debe aumentarse en virtud del ordinal 2º del artículo 37 del C. P.; por cuanto René About tiene antecedentes de anteriores condenaciones como tuvimos ocasión de relacionarlo. Dada la fluctuación de la pena o los extremos entre el máximo y el mínimo que pone la ley para el criterio del Juzgador y las condenaciones que obran en el informativo, al mínimo de la sanción el Juzgado aumenta dos años. Por otra parte, dada la cuantía de lo robado, la sanción correspondiente puede aumentarse hasta en una mitad, y el Juzgado la aumenta en dos años más, lo que da un total de **siete años de presidio** como pena principal”.

Lo anterior demuestra que el Tribunal, al aplicar la pena, tomó como sanción base la del artículo 404 del Código Penal, y elevó el mínimo con dos aumentos: dos años por una circunstancia de mayor peligrosidad —condenaciones judiciales o de policía—; y, dos años más por la cuantía del delito —superior a diez mil pesos—, dando aplicación a lo dispuesto por los artículos 399 y 403 del estatuto penal.

Este último aumento de pena impuesto en la sentencia acusada, no se justifica porque habiéndose tomado como sanción base la del artículo 404 del Código Penal, que contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes de que habla el artículo 403, la sanción penal debe regirse por aquella disposición, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400.

Sobre el particular ha dicho la Corte en sentencia que cita el recurrente y que dice:

“...El artículo 402 del Código Penal contempla el caso del que se apodera de una cosa mueble valiéndose para ello de amenazas o mediante violencia a las personas o a las cosas. Podría decirse que ésta es la sanción base o general para el robo. De ahí que el artículo siguiente —403— haga extensiva a este delito los motivos de agravación y atenuación de la pena, fijados para el hurto por los artículos 398, 399 y 400, así como el correspondiente aumento o disminución de pena que se hará, dice la ley, “en las mismas proporciones indicadas” en los artículos que se acaban de citar.

“Y el artículo 404 del Código señala como pena de tres a catorce años de presidio (es decir, la

mayor de las sanciones imponibles para estos delitos), para cuatro casos que él mismo enuncia.

“Encuentra la Corte error en la aplicación de la ley penal, por haber agravado o aumentado la pena con invocación de los artículos 403 y 398, numeral 4º, porque el artículo 403 establece la agravación o atenuación de la pena indicada por los artículos 398, 399 y 400, pero en caso de que la sanción principal por el robo sea la que determina el artículo 402. Si la sanción base debe ser la del artículo 404, con éste no rezan los motivos de agravación, pues la disposición últimamente citada propone cuatro circunstancias modificadoras del robo, cualquiera de las cuales bastará para que se imponga la sanción del artículo 404.

“Y entonces resulta excesivo aplicar la pena que establece la sanción más alta entre las distintas categorías de robo y luego computar además como agravante una circunstancia que sólo podría tenerse en cuenta si se clasificara el hecho en esa otra categoría prevista por disposición legal que señala una sanción base mucho menor.

“El cómputo que hace el fallo recurrido viene equivaliendo, en el fondo, a considerar como agravante del hecho una circunstancia que vista por otro aspecto es elemento constitutivo del delito según la correspondiente disposición penal o por lo menos una circunstancia modificadora; y no es jurídico acumular esas agravaciones de pena”. (Gaceta Judicial, Nos. 1998 y 1999, pág. 630).

Lo expuesto demuestra que la causal alegada prospera en cuanto al primer cargo, o sea, en cuanto se agravó en dos años la pena imponible al acusado, aplicando erradamente los artículos 399 y 403 del Código Penal, siendo así que el delito se sancionó de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 404 de la misma obra.

### Segundo cargo

#### Mala apreciación de las condenas anteriores sufridas por el acusado.

La sentencia recurrida —dice el demandante— aumenta la pena principal en dos años más aplicando el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal, “cuando en el proceso no hay constancia de que René About hubiese incurrido en condenaciones anteriores o de policía”.

La razón alegada no es atendible, ya que, al folio 136 del primer cuaderno, aparece copia autenticada de la Resolución No. 2,517, de 20 de diciembre de 1940, en virtud de la cual, la Comandancia de la Policía Nacional —división Atlánti-

co— condenó a René About a treinta días de arresto por tentativa de estafa.

Igualmente, al folio 9 del cuaderno No. 16, obra copia autenticada de la Resolución No. 25 de 28 de mayo de 1947, emanada de la Dirección de la Cárcel de Barranquilla, en la cual, con fundamento en el Decreto-ley No. 1405, el acusado René About fue condenado a cinco días de aislamiento, por riña cometida dentro del establecimiento.

Estos hechos constituyen circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del acusado About, pues lo presentan como sujeto con determinada capacidad para delinquir y, por tanto, como hombre peligroso a la sociedad, circunstancias que el juzgador debe tener en cuenta al imponer la sanción.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, refiriéndose a este punto, dice con todo acierto lo siguiente:

“... Si la condena precedente es ineficaz para demostrar reincidencia en sentido jurídico, en cambio, ella no desaparece de la historia judicial o policiva del delincuente para mostrarlo como sujeto peligroso y hacerlo merecedor de una pena adecuada a la defensa social. Por eso, si para la reincidencia establece el legislador ciertas condiciones taxativas, ya en cuanto al tiempo, y ya en lo atinente a la calidad de la infracción, a sus modalidades y a la edad del agente, no ocurre lo mismo tratándose de condenas que apenas configuran circunstancias de mayor peligrosidad, pues en este último evento solo basta que el sujeto pasivo de la acción penal haya incurrido “anteriormente en condenaciones judiciales o de policía”, cualesquiera que hayan sido los hechos criminosos por él ejecutados, la época de realización, los motivos determinantes y las condiciones personales del infractor, para que inevitablemente la sanción deba aplicarse en un término superior al mínimo.

“En tal virtud, hay que dejar en pie los dos años de aumento que el Tribunal hizo teniendo en cuenta la circunstancia ameritada. En resumen, la pena que About debe sufrir es la de cinco años de presidio, en vez de siete”.

La causal, por este aspecto, se desecha.

Pero habiéndose aceptado, en parte, la validez de la causal primera alegada por el demandante, y como por mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal le corresponde a la Sala invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, es preciso tener en cuenta que, descartada la agravación de dos años que el Tribunal impuso

por concepto de los artículos 399 y 403 del Código Penal (cuantía del delito), la pena que equitativamente corresponde imponer es la de cinco años de presidio, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 404 del Código Penal y al ordinal 2º del artículo 37 del mismo estatuto.

Por lo expuesto, La Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando en cuanto por ella se condena a René About o René Abot a la pena principal de siete años de presidio, por el

delito de robo 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 accesoría de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de cinco años.

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

**Domingo Sarasty.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa.** — Secretario.

## OBLIGACION DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DE CONCURRIR A LA OFICINA RESPECTIVA. — CASOS EN QUE PUEDEN DEJAR DE HACERLO SIN CESAR EN LA PERCEPCION DE SUS SUELDOS

Las funciones que desempeñan los empleados públicos, por regla general, deben cumplirse en la oficina respectiva, bajo la vigilancia y control del jefe de ella; pero no es absolutamente indispensable que por causas fortuitas o fuerza mayor, como una enfermedad, por ejemplo, un empleado cualquiera prescinda de concurrir al despacho, sin dejar por ello de continuar en el desempeño de sus deberes oficiales. Sería exagerar demasiado —exageración contraria a todo sentimiento humanitario— que una enfermedad que apenas exige quietud, como lo certifica el médico que atendiera a la señorita Mejía Vallejo, en este caso, la imposibilitara para percibir los emolumentos respectivos, cuando podía desempeñar aquellas funciones, como lo hizo, en lugar distinto a la oficina, pero sin que ésta sufriera perjuicio alguno por la imposibilidad física de concurrir la empleada al despacho.

adoptado por la Honorable Corte una doctrina contraria, fundada en otros razonamientos y apoyada en argumentos cuyo valor jurídico no es posible desconocer, en guarda de la unidad doctrinaria e interpretativa que como función primordial compete a esta Corporación, adhiere a la tesis de la consultabilidad de la mencionada providencia; en tal virtud se procede a la revisión del auto cuya consulta ordenó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Se inició la investigación contra el ameritado funcionario por la certificación que diera, en dos nóminas, en su carácter de Juez, de que la señorita Mery Mejía Vallejo, empleada en el Juzgado a cargo del doctor Peláez, como portera-escribiente, había prestado sus servicios en tal carácter durante todo el mes de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, no empece a la circunstancia de que dicha señorita, a causa de alguna enfermedad delicada que sufriera, estuvo en imposibilidad física de concurrir a la oficina a desempeñar sus funciones.

Tanto las certificaciones médicas, como las propias afirmaciones del funcionario sindicado y de la señorita Mejía Vallejo, establecen que evidentemente dicha señorita dejó de concurrir al Juzgado a causa de una flebitis que sufriera.

Mas la responsabilidad que se intentó deducir contra el funcionario aludido por la certificación en las nóminas, en el sentido de que la señorita portera-escribiente había trabajado, no constituye ninguna mutación de la verdad o falsificación de la misma, desde el momento en que pudo establecerse, por una inspección ocular, amplia y detallada, que en el Juzgado Civil del Circuito de Rionegro, a cargo del Juez sindicado, la señorita Mejía Vallejo, si bien no concurren algunos días a su oficina, no dejó de desempeñar las funciones que le estaban adscritas como empleada, pues tan pronto como la enfermedad que padecía lo permitió, desde su casa de habitación siguió prestando sus servicios al Juzgado y también concurrió a una oficina situada en la planta baja del local en donde funciona aquel despacho, por la prohibición

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín consulta el auto de sobreseimiento definitivo que dictara con fecha siete de abril del año en curso, en favor del doctor Gonzalo Peláez Cardona, Juez Civil del Circuito de Rionegro, a quien se le imputara un delito de falsedad.

El Magistrado Ponente cree oportuno advertir que, en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, consideró que la falta de una disposición expresa que ordenara la consulta de los sobreseimientos definitivos era una razón bastante para prescindir de ese grado de jurisdicción, como lo determina el texto del artículo 184 del Código Procesal Penal. Mas habiéndose

médica de subir escaleras, a desempeñar su cargo.

De manera que bien claro resulta que fue una completa incapacidad física la que impidió a la portera-escritora del Juzgado concurrir a la oficina respectiva, si bien no dejara por ello de prestar los servicios oficiales a que estaba obligada, lo que podía hacer sin la necesidad imperiosa de concurrir a la oficina, como lo comprueba la diligencia de inspección ocular antes aludida.

Por consiguiente, no aparece en el informativo dato alguno que permita atribuir una maliciosa actividad al funcionario acusado, consistente en certificar una falsedad con el intento o propósito de beneficiar a una persona a costa del tesoro público, a sabiendas de que lo afirmado en aquellas constancias que deben ponerse en las nóminas para el pago de los servicios cumplidos por los empleados, constituía una mentira o un hecho falso.

Las funciones que desempeñan los empleados públicos, por regla general deben cumplirse en la oficina respectiva, bajo la vigilancia y control del jefe de ella; pero no es absolutamente indispensable que por causas fortuitas o fuerza mayor, como una enfermedad, por ejemplo, un empleado cualquiera prescinda de concurrir al despacho, sin dejar por ello de continuar en el desempeño de sus deberes oficiales. Sería exagerar demasiado —exageración contraria a todo sentimiento humanitario— que una enfermedad que apenas exige quietud, como lo certifica el médico que atendiera a la señorita Mejía Vallejo, en este caso, la imposibilitara para percibir los emolumentos respectivos, cuando podía desempeñar aquellas funciones, como lo hizo, en lugar distinto a la oficina, pero sin que ésta sufriera perjuicio alguno por la im-

posibilidad física de concurrir la empleada al despacho.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, está acorde con la solución que diera a este caso el Tribunal Superior de Medellín. Por cierto que destaca la gran delicadeza con que la señorita Mejía Vallejo, en carta dirigida al Juez, intenta explicar su grave situación económica, pero solicitándole al mismo tiempo que le permita reintegrar el valor de la nómina cobrada, si es que se llega a la conclusión de que su trabajo no fue lo bastante efectivo para merecer los emolumentos percibidos.

También la Corte destaca esta ocurrencia porque ella contrasta, en forma notoria, con la actitud de quienes vieron en el proceder del señor Juez del Circuito de Rionegro una actitud delictuosa, en lugar de un acto de comprensión humana y de sentimiento social de muy caracterizados relieves.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de fecha siete de abril del presente año, dictado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por medio del cual sobresee definitivamente a favor del doctor Gonzalo Peláez Cardona.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## SE DIRIME UNA COMPETENCIA

Como en el caso a que alude el proceso se sindicó a varios sujetos de hechos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y de delitos comunes a un mismo tiempo, el conocimiento de ellos corresponde a la justicia militar y no a la ordinaria, de conformidad con los Decretos Legislativos Números 1285, 1406 y 1895 de 1948.

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

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

## Vistos:

Corresponde a esta Sala de la Corte dirimir de plano la colisión de competencias que ha surgido entre el Juzgado Superior Militar de la Primera Brigada, residente en la ciudad de Tunja, y el Juzgado Tercero Superior de aquella ciudad.

La competencia de la Corte se desprende de lo dispuesto en los artículos 42 (ordinal 4º) y 67 del Código de Procedimiento Penal, y 24 del Código de Justicia Penal Militar.

## Hechos

Da cuenta este proceso que en las primeras horas de la tarde del día nueve de abril del año en curso, varios ciudadanos residentes en la ciudad de Tunja, capital del Departamento de Boyacá, tuvieron conocimiento, por medio de la radio, que en la capital de la República había sido muerto violentamente el doctor Jorge Eliécer Gaitán. Tan extraordinaria noticia dio lugar a que rápidamente fueran formándose grupos de individuos en la plaza de Bolívar de la ciudad prenombrada, y ya en número mayor de doscientas personas se estacionaron al frente del Palacio Municipal de uno de cuyos balcones, el doctor Enrique Pinzón Saavedra dirigió la palabra a la multitud que, como ya se dijo, allí se había congregado. Una vez que el orador hubo terminado su discurso, gran número de individuos a los gritos de “abajo el Go-

bierno”, “abajo el Gobernador”, “viva el partido liberal”, “viva la revolución”, y otros de igual significación, se precipitaron contra el Palacio de la Gobernación en donde en esos momentos se encontraba el señor Gobernador, el señor Secretario de Gobierno, algunos otros empleados de la Gobernación y varios particulares.

Así las cosas, presentóse un encuentro entre los individuos que pretendían entrar al edificio de la Gobernación y un grupo de sujetos que de allí salían con el ánimo de repeler a los revoltosos, resultando un corto tiroteo en el costado norte de la plaza, a inmediaciones de la Gobernación, del cual resultó muerto el señor Gabriel Rosas Galán; herido de suma gravedad (pocos días después murió) el señor Argelio Hernández, y lesionados los señores Aristides González, Agustín Lisarazo y otros; además, hubo un impacto, producido con arma de fuego, en una de las ventanas de la Secretaría de Gobierno. Igualmente, hay constancia de que el señor Alcalde de la ciudad de Tunja, en momentos en que en aquella tarde del nueve de abril, transitaba por la calle con dirección a su Despacho, fue agredido de hecho y de palabra por varios individuos que así exteriorizaban su animadversión contra las autoridades legítimamente constituidas.

Así consta de las declaraciones de Daniel Wilches Torres (Fl. 7), Diego Peralta (Fl. 13), Roberto Castro Osorio (Fl. 9 v.); Pedro Enrique Peralta (Fl. 19), Antonio Ezequiel Correa (Fl. 30), Flavio Sierra (Fl. 31 v.), Leopoldo Oliveros (Fl. 38), Víctor M. Duarte (Fl. 40), Julio A. Camargo (Fl. 41 v.), Mario Daniel Matus (Fl. 51 v.), José María Villareal (Fl. 48), Luis Torres Quintero (Fl. 49), fuera de otras pruebas.

## La colisión

El Juzgado Tercero Superior de Tunja sostiene que no le corresponde conocer de este proceso, según los Decretos 1285 y 1406 del presente año, ya que no se trata de simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad del Estado, sino además de homicidios y lesiones personales, que son delitos comunes, atribuidos a la justicia militar, por su conexidad con los primeros.

Al efecto expone:

“... Como la actitud de los amotinados coinci-

día y seguramente obedecía a los propósitos que se expresaban por las radios subversivas de la capital de la República, que en esos momentos daban la orden de tomarse las Gubernaciones, desalojar de ellas a las autoridades legítimamente constituidas, lo mismo que a las Alcaldías, proveyendo en su reemplazo la constitución de autoridades revolucionarias, es lógico que se dé a los hechos verificados el nueve de abril en esta ciudad la denominación de "Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado", porque la finalidad de ellos era la de derrocar al Gobierno Nacional. Si de estos hechos no hubiera resultado ningún muerto, o lesionado, no habría duda de que su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria. Pero ocurre que del choque, de que se ha hablado, resultaron muertos los señores Gabriel Rosas Galán y Argelio Hernández, según lo refieren los testimonios citados anteriormente, y como puede comprobarse con la diligencia de levantamiento del cadáver de Gabriel Rosas Galán visible al folio 25 del cuaderno 1º, con la lectura de la diligencia de autopsia del mismo, visible al folio 26 del cuaderno 1º, con la lectura de la diligencia de autopsia del cadáver de Argelio Hernández, visible al folio 135 del cuaderno 2º, y con los reconocimientos médico-legales de los mencionados Aristides González y Agustín Lisarazo, visibles al folio 22 del Cuaderno 1º, delitos que por ser conexos con aquellos que atentan contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, corresponde a la justicia penal militar....".

El Juez Militar de la Primera Brigada, por su parte, afirma que como en el expediente no aparece ningún acto contra el régimen constitucional y la seguridad del Estado, se debe atribuir el conocimiento a la justicia ordinaria. "Una manifestación política —dice el Juez Militar— no puede tomarse jamás con el alcance de delito. La misma Constitucional Nacional, autoriza el derecho de reunión, que al lado de otras garantías constitucionales de locomoción, de expresión respetuosa del pensamiento y de petición o demanda, son del dominio del individuo en particular y de la sociedad en general, dentro del reconocimiento de la ideología democrática de un pueblo regido por lo mismo por reglas de derecho amplias de la libertad lícita o dirigida por normas conducentes, alejados de la tiranía o de la oprobiosa esclavitud".

Se considera:

Para resolverse deben tenerse en cuenta los Decretos Legislativos Nos. 1285, 1406 y 1895, expedidos en el presente año a consecuencia de la turbación del orden público decretada a virtud de los hechos acaecidos en el país como consecuencia del homicidio en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán.

"Según tales Decretos —ha dicho la Corte— de los hechos ilícitos cometidos con ocasión o causa de tal ocurrencia, conocerá la justicia penal militar si se trata de delitos comunes, o de delitos comunes conexos o complejos con delitos contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado; y conocerá la justicia ordinaria, si se trata de simples delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado.

"En consecuencia, deben estudiarse tres cuestiones para saber si del proceso deben conocer los jueces militares o los ordinarios:

"a) Si los hechos se cometieron con ocasión de la perturbación del orden público causada por la muerte del doctor Gaitán;

"b) Si se realizaron delitos contra el régimen constitucional, y

"c) Si se realizaron delitos comunes".

**a) Los hechos se cometieron con ocasión de la perturbación del orden público ocurrida en el mes de abril.**

Es un hecho evidenciado en el proceso que los acontecimientos que tuvieron lugar en la ciudad de Tunja en la tarde del nueve de abril del año en curso, fueron consecuencia directa del conocimiento que allí se tuvo del homicidio en la persona del doctor Gaitán, ya que al tenerse aviso de aquella muerte, varios sujetos se reunieron en la plaza de Bolívar de dicha ciudad, frente al Palacio Municipal, lanzando gritos de protesta y viviendo a determinado partido político, manifestación ante la cual el doctor Enrique Pinzón Saavedra habló, y acto seguido los manifestantes, con demostraciones inequívocas de agresividad contra el Gobierno, se dirigieron a la Gobernación del Departamento, actitud ésta que desató el tiroteo con las consecuencias de que se habló al comienzo de esta providencia. De tal suerte que los hechos sí tuvieron como causa el estado de perturbación producido por la muerte violenta del Jefe de uno de los partidos políticos.

**b). Se realizaron delitos contra el régimen constitucional**

Veamos lo afirmado por varios de los testigos

presenciales de los acontecimientos para luego sacar la deducción que jurídicamente se amolde a la realidad procesal:

**Daniel Wilches Torres** (Fl. 7), dice: "El viernes pasado nueve del presente mes me encontraba en mi casa de habitación situada en la carrera 5ª de esta ciudad, a eso de las dos de la tarde y oí por radio una comunicación de Bogotá, que acababa de ser asesinado el doctor Jorge Eliécer Gaitán; en virtud de esta noticia salí de mi casa en dirección al centro y al salir de mi casa me encontré con el doctor Guillermo Alfredo Escobar y le referí lo que había oído, seguimos con él hacia el centro, al llegar a la plaza de Bolívar vi que estaban reuniéndose algunos obreros y empleados de la casa municipal, frente al Palacio mismo, en este momento principaron a gritar "abajo los godos", "asesinos", "miserables", "abajo Ospina Pérez", "abajo el Gobierno".

**Diego Peralta** (Fl. 13), dice: "A eso de las dos y media de la tarde el viernes nueve del presente mes bajaba yo del Hotel Granada, por la calle real, para mi almacén que se llama "Almacén Peralta" situado en el costado occidental de la Plaza de Bolívar, abrí mi almacén y al pasar vi un grupo de gente frente a la casa municipal que gritaba "abajo el Gobierno", "viva el partido liberal", "abajo los godos"... Vi también que la chusma que estaba frente al Palacio Municipal, se dirigió hacia la Gobernación en actitud amenazante gritando abajos al Gobierno, y diciendo "a tomarnos la Gobernación", pero como el ejército ya estaba al frente de la Gobernación los atajó y se devolvieron hacia la casa municipal.... A otro momento volvió el mismo grupo hacia la Gobernación en actitud amenazante y de penetrar a ella, y gritaba nuevamente "a tomarnos la Gobernación", pero antes que llegaran a la mitad de la plaza fueron repelidos por un grupo de civiles que se encontraba frente a la puerta de la Gobernación, entonces fue cuando sonaron varios disparos que salían del grupo que iba de la casa Municipal y del grupo que estaba frente a la Gobernación...."

**Pedro Enrique Peralta González** (Fl. 19), declara: "El viernes nueve de los corrientes como a la una y media de la tarde regresé de almorzar a mi almacén situado en la plaza de Bolívar en el costado occidental, y como era día de mercado, en ese momento llegaron clientes y empecé a vender mercancías, y un señor de quien por el momento no recuerdo el nombre me avisó que tuviera mucho cuidado porque se sabía que habían matado a Gaitán pues así lo estaba diciendo la ra-

do. Apenas habían pasado unos segundos, llegó en un carro Carlos Vásquez en compañía de otros y se desmontaron frente al almacén a los gritos de viva el partido liberal y abajos al Gobierno de ese hijo de puta Gobernador asesino.... En ese momento se fueron ese grupo de revoltosos, se dirigieron a la casa municipal y allá se agregaron a otro grupo que allí había y ya todos reunidos siguieron gritando "abajo al Gobierno, viva la revolución y muera al conservatismo"... "De ese mismo grupo siguieron echando bala apuntándole a otro grupo que se encontraba frente a la Gobernación para el lado de la plaza, fueron como unos veinticinco tiros, más o menos los que hicieron".

**Flavio Sierra** (Fl. 31 v.), dice: "Como a eso de las dos de la tarde y al tener noticia de la muerte del doctor Jorge Eliécer Gaitán, me encontraba en las oficinas del Detectivismo y desde allí vi que se reunieron en la plaza, frente al Palacio Municipal, muchos individuos que gritaban abajos al Gobierno, al partido conservador, al Gobernador, en esto durarían como una media hora y en seguida se dirigieron a atacar la Gobernación, visto que no pudieron entrar se volvieron hasta el Palacio Municipal, en esas salí a la plaza y acto seguido sentí algunos disparos, de los cuales cayó herido el señor Argelio Hernández, frente al almacén "Nena"; luego volví a mirar hacia el Palacio Municipal y vi que Pedro Cuervo Cañón estaba entre los del grupo que disparaban hacia la Gobernación, tendido en el suelo y con el revólver en la mano...."

**Víctor M. Duarte** (Fl. 40), declara: "El día viernes, como a eso de las tres de la tarde, me encontraba en la oficina del Detectivismo que está situada en el costado occidental de la plaza de Bolívar y al oír unos gritos salí al balcón y constaté que los señores Enrique Pinzón Saavedra, Goterón Rodríguez (el declarante cita varios otros nombres) todos estos señores echaban vivas al partido liberal, vivas a la revolución, abajos al Gobierno y los cinco primeros incitaban al ataque a las autoridades, y en el discurso que pronunció Pinzón Saavedra incitaba a la revuelta, que se lanzaran a la guerra y fue en este momento cuando la chusma se lanzó hacia la Gobernación gritando que "a apoderarse de la Gobernación", cuando ya se dirigían a la Gobernación, del lado de la Gobernación salió un disparo que fue contestado por otros de la chusma, en este momento vimos cuando el señor Argelio Hernández se desplomaba de un ba-

lazo que recibió, este señor se encontraba frente al almacén "Nena".

**Argelio Hernández**, quien fue gravemente herido y que pocos días después murió (Fl. 34), declara: "Yo salía de la Gobernación con el objeto de atajar la gente que en esos momentos pretendía entrarse a la Gobernación, y entre las personas que avanzaban hacia la Gobernación no conocí ninguno. Cerca a mí no había nadie en esos momentos, pero apenas me dieron el disparo y caí, llegó a levantarme el chofer de la Secretaría de Hacienda y unos soldados del ejército....".

El doctor **José María Villareal**, Gobernador del Departamento (Fl. 48), declara: "...Había acabado de llegar a mi despacho, a donde acudí apresuradamente cuando tuve conocimiento de la muerte del doctor Gaitán, cuando desde el sitio indicado observé que en la plaza principal en la esquina y acera del Palacio Municipal, empezó a formarse un grupo de ciudadanos que lanzaban gritos ultrajantes contra las autoridades y en especial contra el Gobernador del Departamento, a quien motejaban de asesino. Un rato después oí y vi que a los gritos de "a tomarse la Gobernación" avanzaban por la plaza hacia la puerta de la Gobernación los mismos amotinados a que he hecho referencia y que venían encabezados por los señores **Eduardo Castro Martínez** y **Enrique Pinzón Saavedra**. Igualmente reconocí entre los que se dirigieron hacia la Gobernación batiendo los brazos y lanzando gritos a **Enrique Galvis**, **Juan Clímaco Rodríguez**. Además vi a muchas otras personas que pudiera reconocer pero cuyos nombres ignoro. Además vi que Enrique Pinzón Saavedra arengaba al pueblo desde uno de los balcones del Edificio Municipal. La distancia no me permitió oír lo que decía. Pero acto seguido vi que la multitud que lo escuchaba se dirigió en actitud belicosa hacia el Edificio de la Gobernación y en ese momento se oyeron varios disparos en la plaza, sin que yo pueda precisar cuáles personas hicieron esos disparos. Me di cuenta de que algunas personas tenían revólveres y otras armas contra la Gobernación y de que un disparo penetró en el salón de la Secretaría de Gobierno dejando la huella en el vidrio de una de las ventanas y el impacto en la pared del fondo del local de la Secretaría".

El doctor **Luis Torres Quintero**, Secretario de Gobierno, (Fl. 49), dice: "Por las ventanas del edificio de la Gobernación pude observar que frente al Palacio Municipal se reunían varios sujetos y lanzaban vivas al partido liberal, abajos al Gobierno, al conservatismo, etc., etc. Entre los que

pude distinguir se hallaban dirigiendo el motín los doctores **Pinzón Saavedra**, **Eduardo Castro Martínez**, el señor **Clímaco Rodríguez** y otros. Cuando había unas doscientas personas en el costado sur de la plaza, vi que el balcón de la Personería Municipal se abrió y un orador que era **Pinzón Saavedra** se dirigía al pueblo, no oí sus palabras, pero por la actitud de los manifestantes se entendía perfectamente que su ánimo era el de dirigirse a la Gobernación en forma beligerante. Cuando ya el grupo venía hacia el Edificio de La Torre gritando que el Gobierno debía ser asesinado, de este sector del Edificio hubo algunos vivas al Gobierno, vivas que fueron respondidos a bala por los manifestantes".

**Luis Carlos Guizado**, Alcalde de la ciudad de Tunja (Fl. 114), dice: "Es evidente que el día nueve de abril último encontrándome en mi Despacho de la Alcaldía como a las tres y media aproximadamente, rodeado de varios amigos liberales, que habían ayudado a defenderme del ultraje de hecho de que fui víctima por parte de las turbas que me atacaron cuando iba para mi oficina el día a que me refiero, precisamente, frente al Palacio Municipal....".

**Leopoldo Oliveros** (Fl. 38), **Daniel Matus** (Fl. 51 v.), **Juan Cárdenas** (Fl. 41), y otros, se encuentran acordes con los anteriores declarantes al afirmar la actitud francamente agresiva del crecido número de individuos que se dirigieron a la Gobernación con el propósito de entrar al Edificio y posiblemente con el ánimo de suplantar a las autoridades:

Puede, pues, concluirse que el sucinto relato de los hechos que al principio se dejó anotado, es fiel interpretación de las pruebas que el proceso exhibe, o sea, que un grupo numeroso de sujetos, se amotinó en la ciudad de Tunja y luego de profirir abajos al Gobierno se precipitó contra el Palacio de la Gobernación, con claras demostraciones de tomarse aquella posición y suplantar las autoridades, propósito que hubiera tenido su efectividad si un grupo de individuos que custodiaban la Gobernación no hubiera repelido aquella actitud, de lo que resultaron los muertos y heridos de que se habló anteriormente. Estos hechos así puntualizados, estructuran y tipifican el delito contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cuestión que sirve a la Corte para atribuir la competencia a unos y otros funcionarios, y en manera alguna para definir la responsabilidad penal de sus autores, misión que corresponde al respectivo Juez del conocimiento.

**c) Se realizaron delitos comunes**

Plenamente esclarecido aparece que también se realizaron delitos comunes, pues que tal carácter revisten los homicidios cometidos en las personas de Gabriel Rosas Galán y Argelio Hernández; y las lesiones personales en Aristides González, Agustín Lisarazo y otros.

Es verdad que con respecto a estos delitos —homicidio y lesiones personales— podría discutirse si fueron causados en el acto de un combate, pues entonces serían delitos políticos excusados excepcionalmente por la ley (artículos 138, 141 y 143 del Código Penal y 188 de la Ley 3ª de 1945). “Pero aunque la ley no define lo que deba entenderse por combate —ha dicho la Corte— no puede entenderse por tal todo choque entre gentes con armas, toda riña o refriega esporádica entre unas cuantas personas, sino la lucha entre fuerzas más o menos organizadas”, cuestión que no ocurrió en los sucesos de autos.

De lo anterior concluye esta Sala de la Corte que en este proceso se sindicó a varios sujetos de hechos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y de delitos comunes, lo cual hace que deba conocer de ellos, no la jus-

ticia ordinaria, sino la militar, de acuerdo con los decretos citados anteriormente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DIRI-ME** la colisión de competencias de que se viene hablando, en el sentido de declarar que del proceso contra los señores Enrique Pinzón Saavedra y otros, por los delitos realizados en la ciudad de Tunja, capital del Departamento de Boyacá, el nueve de abril último, de que se ha tratado en este proceso, debe conocer la justicia penal militar, en los términos de los Decretos 1285, 1406 y 1898 del año en curso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y dese cuenta al señor Juez Tercero Superior de Tunja y remítase el expediente al Juzgado Superior Militar de la Primera Brigada de la misma ciudad.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

LA TESIS DE LA ABSORCION EN EL DELITO DE LESIONES. — REQUISITOS DE LA PROVOCACION Y LA LEGITIMA DEFENSA

a) Si además de la incapacidad el lesionado sufrió perturbación funcional, aunque transitoria, ésta, por ser más grave, rige la aplicación de la pena y no la incapacidad, de conformidad con el mandato del Artículo 377 del Código Penal.

b) La legítima defensa, según doctrina de la Corte, está condicionada a los siguientes requisitos o elementos: una violencia o agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido; actualidad o inminencia del acto violento; antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión; defensa o acto de defensa, indispensables para repeler, anular o rehuir la agresión; necesidad de la defensa o imposibilidad de hacer frente a la violencia o agresión por los medios legales, y proporcionalidad entre la violencia o agresión y la defensa, contra-ataque o reacción.

c) La circunstancia modificadora del artículo 28 del estatuto penal, para que influyera en la determinación de la pena, exige estas condiciones: que la ofensa sea grave e injusta, que produzca en quien la recibe una conmoción, un estado de ira o dolor, y que el delito se ejecute —precisamente— como resultado de la acción del lesionado y del estado anímico del delincuente.

en la vereda “San Miguel”, Corregimiento de “El Vasto”, Municipio de Aratoca, la tarde del veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, y al pago a García —a título de perjuicios— de la suma de mil cuatrocientos veinticuatro pesos moneda legal.

Como ya se han cumplido todos los requisitos procesales a que la ley subordina este recurso —admisión, demanda y concepto fiscal— la Corte lo estudia y decide en esta providencia, no sin que antes haga una breve referencia al delito y a sus modalidades, a las tesis del Procurador y del demandante, y a las doctrinas sobre los temas que propuso el recurrente.

#### I — El delito

Fue en predio de Eliseo Moreno situado en la mencionada vereda, y en la tarde del día ya también mencionado, donde se realizó el encuentro en que aquél y Roque García se agredieron a cuchillo, y de lo cual uno y otro resultaron heridos: García en el costado izquierdo al nivel de las falsas costillas, y Moreno en la región frontal a nivel de la raíz del cuero cabelludo.

Sobre los motivos y circunstancias del delito la investigación no reconoció datos que pudieran aclararlos, pues si el uno y el otro se presentaron en calidad de injustos agredidos, Gonzalo Rojas —el único testigo presencial— llegó a la casa de Moreno precisamente en el momento en que éste atacaba a García.

No obstante la falta de pruebas satisfactorias que justifiquen la agresión, hay en el proceso pasajes que explican mutúas diferencias anteriores, derivadas unas de la compra que hizo García de un terreno donde Moreno pastaba un pequeño rebaño de cabras y que por causa de esa adquisición —que García le disputó— hubo de vender, y otras de que el día del conflicto Ana Adelina, hija de Moreno, que fue a casa de García a traer una niña (hija de Carmen García) que allí se hallaba hacía días, trató mal a Hersilia López esposa de García, lo que indujo a éste a ir a casa de Moreno, e informado García, además, de que Moreno lo había citado a su casa por conducto de

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

#### Vistos:

El Abogado doctor José Agustín Noriega interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 24 de abril del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 374 (19) y 384 del Código Penal— condenó a Eliseo Moreno, de cuarenta y siete años de edad en la época del delito, a la pena de un año de presidio, por las lesiones causadas a Roque García Serrano,

Ana Adelina, citación que aquél negó enfáticamente.

Lo evidente fue que García —como lo confiesa— llegó a casa de Moreno, y por uno u otro motivo se empeñaron en una riña, que tuvo las fatales consecuencias anotadas.

### III — El proceso

Entre los actos y providencias que —visto el propósito del recurso —es útil presentar, a título de antecedentes y fundamentos del fallo, la Sala resume los relativos a Moreno, ya que García no interpuso casación; ellos son los siguientes:

a) El primer reconocimiento médico-legal practicado a García cinco días después del hecho, según el cual “presenta una herida producida con arma cortante y punzante de cinco centímetros sobre el costado izquierdo al nivel de las falsas costillas”, explorada la cual “se encontró, en la profundidad, que hace hernia parte del epiplón, es decir, se comprueba la penetración del abdomen; la herida —termina el dictamen— es de carácter grave por poderse presentar peritonitis, y el impedimento es de veinticuatro días, siempre que no se presenten signos peritoneales”;

b) El último reconocimiento practicado veintitrés días después, según el cual la herida tal día se hallaba ya cicatrizada, después de treinta y un días de impedimento; “como consecuencia —afirmó el Médico-legista— le ha quedado un defecto funcional consistente en adherencias epiploicas que producen un dolor fuerte a cada movimiento”, y “es de carácter permanente mientras no se practique una intervención de cuidado que le impedirá treinta días más”;

c) El auto del Juzgado 1º del Circuito Penal de San Gil, del dos de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, por el cual llamó a Eliseo Moreno y a Roque García a responder en juicio criminal por las mutuas lesiones que se causaron en el sitio y día ya mencionados;

d) El auto del Tribunal de San Gil, del veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual confirmó el enjuiciamiento de Moreno y García, añadiendo al delito la modalidad de la riña suscitada de modo imprevisto;

e) La sentencia de primer grado, del seis de septiembre del mismo año, por la cual se condenó a Moreno a la pena de un año de presidio, cien pesos de multa y mil cuatrocientos veinticuatro pesos a título de reparación del daño, y a García a la de un mes de arresto, cinco pesos de multa y setenta por perjuicios;

f) La sentencia de segundo grado, del veinticuatro de abril del año pasado, por la cual —en virtud de consulta del Juez— confirmó en todas sus partes la de primer grado, y

g) Autos del Tribunal y de la Corte, del 15 de julio y primero de septiembre del mismo año, mediante los cuales el primero concedió y la segunda admitió el recurso de casación que el abogado doctor Noriega como defensor de Moreno, interpuso contra la citada sentencia.

### III — La demanda

Oportunamente formuló la demanda el recurrente, no obstante el impedimento físico en que se hallaba, demostrando así la noción que tiene de su deber de defensor, y en ella invocó dos de las causales que establece el artículo 567 del estatuto procesal penal: la primera o sea la violación de la ley penal, y la quinta o sea la omisión, en la sentencia, de los hechos que se consideran probados; finalmente objetó la sentencia por causa de los perjuicios.

Los fundamentos de una y otra serán resumidos en seguida.

#### a) Causal primera

Por tres motivos, todos inherentes a esta causal, en un exceso de clasificación y de método presentados como causales, distintas e independientes, ataca el recurrente la sentencia.

Afirma, en efecto, que la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación, por los siguientes motivos:

1º—Porque siendo evidente que la consecuencia que dejó a García la lesión (perturbación funcional) se debió a su descuido, negligencia o mala fe, Moreno sólo es responsable del impedimento, es decir, de las consecuencias naturales de la lesión, y entonces la pena aplicable es la del artículo 372 y no la del artículo 374.

2º—Porque si Moreno fue buscado, injuriado, provocado, atacado y herido en su propia casa, como lo fue, se vio en la necesidad de defenderse de una agresión actual o injusta dirigida contra su persona, y la norma aplicable es el artículo 25 del estatuto penal, que enseña que el hecho se justifica por la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra la persona, honor o bienes, en cambio de los artículos 374 y 384.

3º—(Motivo subsidiario). Porque suponiendo (“dentro de un rigorismo monstruosamente exagerado”), que Moreno no actuara en su legítima defensa, sin embargo de que quien es atacado en su casa obra justamente al defenderse y al menos

debió considerarse que se excedió en tal defensa o en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, se han debido aplicar o el artículo 27 o el artículo 28 del estatuto penal.

Como consecuencia, solicita se otorgue a Moreno la suspensión de la pena.

#### b) Causal quinta

Ni la sentencia del Juzgado 19 de este Circuito —dice el recurrente— ni el fallo del Tribunal, expresan clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, en la causa contra Eliseo Moreno y Roque García, hasta el punto de que es necesario acudir a las artes de la adivinación para desentrañar las razones por las cuales se aplica una determinada pena a los procesados.

#### c) Objeción al avalúo de perjuicios

Reafirmando su tesis de que Moreno fue buscado, injuriado y agredido en su casa por García, censura el olvido de los peritos, al avaluar los perjuicios, de las circunstancias que impulsaron a Moreno a atacar a García y, además, las lesiones que éste causó a aquél, y, como fundamento sentimental de la objeción, se revela ante el hecho de que los bienes de Moreno hayan de pasar a García “en compensación —dice— por su injusta fechoría”.

#### IV — Tesis del Procurador

El Procurador Delegado en lo Penal pide no se case la sentencia, petición que funda en las siguientes razones que la Sala resume:

No son fundados —dice— los cargos de violación de la ley penal por errónea interpretación y aplicación indebida, en primer lugar porque habiéndose comprobado —según la pericia médico-legal— que a García quedó, como causa de la lesión, una perturbación funcional transitoria, es el artículo 374 en virtud del mandato del 377, el aplicable; en cuanto a la legítima defensa, el hecho de no haber sido alegada como fundamento de la causal segunda exime a la Corte de la obligación de estudiarla, y en cuanto a la circunstancia modificadora del artículo 28, cabe la observación de que apenas enunció la tesis, como también sucedió al plantear la eximente, sin que la hubiera demostrado, no sin concluir el Procurador que no hay base para abonar a Moreno la provocación grave e injusta de parte de García.

No menos explícito es el examen de la causal quinta, a la cual tampoco reconoce fundamento legal alguno, pues —a pesar de la concisión con que fue redactada la sentencia— ella contiene la

historia clara de los sucesos y de las lesiones y consecuencias, la prueba de la responsabilidad y la determinación de las disposiciones penales aplicables, que es lo que exige la ley.

En relación con las peticiones finales —reducción de la cuantía de los perjuicios y suspensión de la pena— advierte el Procurador que la casación por perjuicios no es admisible cuando la cuantía es menor de tres mil pesos, y, además, la suspensión de la pena está condicionada a su especie (arresto menor de tres años y prisión menor de dos), en forma que si es presidio, excluye la posibilidad de la suspensión.

#### V — Estudio del recurso

Los temas que el recurrente ha propuesto a la Corte, como fundamentos del recurso, son los siguientes:

En cuanto a la causal primera: la preeminencia, en la aplicación de la pena, del tiempo de incapacidad sobre el de la perturbación funcional, la legítima defensa de la vida, y la provocación grave e injusta.

En cuanto a la causal quinta, la omisión en la sentencia, de los hechos que se consideraron probados.

Y en cuanto a temas propuestos sin referencia a determinada causal, la reducción de la indemnización y la suspensión de la pena.

Cada uno será examinado en seguida y separadamente.

#### a) El impedimento y la perturbación funcional

La lesión que Moreno causó a García fue desde un principio tenida como grave, ya que pudo —según el Médico legista— haber dado origen a una peritonitis, diagnóstico que no fue, en cuanto a la gravedad de la lesión, equivocado, como lo reafirmó el tiempo (31 días) durante el cual García estuvo incapacitado para el trabajo, y el defecto funcional (adherencias epiplóicas causantes de dolor fuerte a cada movimiento) cuyo carácter transitorio condicionó el perito a una futura intervención quirúrgica, la que, por lo demás, aumentaría el impedimento en treinta días.

Y como la perturbación funcional transitoria —según el recurrente— es la consecuencia, no de la lesión, sino de la voluntad (negligencia, descuido o mala fe) del lesionado, quien no se hizo operar, a causa del sentimiento de represalia contra el agresor, para buscar una mayor pena contra éste, es el tiempo de enfermedad o incapacidad, y no la perturbación funcional, el elemento que regula la sanción, y siendo esto así, la norma apli-

cable es el artículo 372 y no el artículo 374 del estatuto penal.

Sería aceptable la tesis del recurrente, si el cargo que imputa al lesionado García no fuera sino una simple conjetura derivada del funcionamiento de casas de salud en San Gil, y de la existencia de expertos cirujanos adscritos a ellas; pero si en el proceso falta totalmente la prueba de la renuncia de García a la intervención quirúrgica, fundada aquella en el propósito de perjudicar a Moreno, la tesis, apenas enunciada, es inocua.

Este examen lleva a la conclusión de que el Tribunal no violó la ley penal, pues si —además de la incapacidad— el lesionado sufrió perturbación funcional, aunque transitoria, ésta, por ser más grave, rige la aplicación de la pena (artículo 377) y no la incapacidad.

#### b) Legítima defensa

La legítima defensa —según doctrina de la Corte— está condicionada, por mandato del artículo 25 del estatuto penal, a estos requisitos o elementos: una violencia, o sea una agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido, como la vida o la integridad personal por ejemplo; actualidad o inminencia del acto violento, es decir, que el daño o peligro que lleve el acto se produzca simultáneamente con el de la defensa o reacción o por lo menos en un futuro tan próximo e inmediato que, al no actuar la defensa, inevitablemente, se produzca; antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión, esto es, un acto **contra jus**, contrario al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige y ejecuta; defensa o acto de defensa, o sea aquella que es indispensable para repeler, anular o rehuir, la agresión **contra jus**, acto que puede concretarse en la defensa propiamente dicha o en una ofensa o contra-ataque según el caso; necesidad de la defensa o imposibilidad actual de repeler, rehuir o anular la violencia o agresión, por los medios legales, y proporcionalidad entre la violencia o agresión y la defensa, contra-ataque o reacción.

Los antecedentes y modalidades del choque entre Moreno y García no estructuran ninguna de las condiciones que la eximente requiere para su existencia legal; leídas y analizadas —efectivamente— las declaraciones de los testigos oculares Gonzalo Rojas y Marina Moreno, sin vínculo alguno con los procesados que las prive de credibilidad, y comparadas con las de Soledad García de Moreno (esposa de Eliseo y hermana de Gar-

cía) y Carmen García (hermana de Roque y Soledad), no del todo sospechosas por el posible interés afectivo que en el mismo grado liga a procesados y testigos, ellas —las declaraciones— sugieren una provocación de parte de García al llegar a casa de Moreno, pero no la agresión actual, violenta, injusta que justifica la legítima defensa.

Pero aunque se hubiera comprobado plenamente en el proceso, la Corte no habría podido admitirla como motivo de la primera causal, ya que —como el Procurador lo sostiene— lo objetable habría sido la prueba del delito, y ésta, en los procesos de competencia de los Jueces de Circuito, sólo puede alegarse como razón de la segunda causal, no de la primera, por ser, en el fondo, errada apreciación de la prueba, y no errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal.

#### c) La provocación grave e injusta

No más firme que la de la legítima defensa es la del estado de ira o intenso dolor, que el demandante considera ha debido tenerse en cuenta conjuntamente con la riña imprevista.

La circunstancia modificadora del artículo 28 del estatuto penal, para que influyera en la determinación de la pena, exige estas condiciones: que la ofensa sea grave e injusta, que produzca en quien la recibe una conmoción, un estado de ira o dolor, y que el delito se ejecute —precisamente— como resultado de la acción del lesionado y del estado anímico del delincuente.

La investigación no demostró haberse cumplido tales condiciones: los declarantes sí hacen referencia a una provocación de parte de García, pero también explican —entre ellos Gonzalo Rojas— que aquél decía a Moreno que él, García, no venía a pelear, momento en el cual Moreno lo atacó; la provocación grave e injusta, por lo tanto, es tesis sin firmeza jurídica.

El Tribunal, apreciando con un criterio de equidad el choque entre Moreno y García, aceptó la circunstancia de la riña suscitada de modo imprevisto, pero habría habido error de hecho si, además de la riña, hubiera considerado existentes los elementos de la provocación.

#### d) La omisión de los hechos probados

El cargo de que en la sentencia no se expresó clara y terminantemente cuáles fueron los hechos que el Tribunal consideró probados, exige una breve referencia:

Se deben consignar en la sentencia —según el artículo 159— los hechos que constituyen premi-

sas de las resoluciones de aquélla, y los relativos a la personalidad del procesado, "haciéndose expresa declaración —se transcribe textualmente— de los que se estiman probados"; se deben también consignar los fundamentos jurídicos de la calificación de esos hechos, de la imputación que se haga a cada uno de los procesados, de la calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad o de las modificaciones o eximentes de responsabilidad o determinantes de la sanción, y de las demás resoluciones —indemnización de perjuicios civiles, condena condicional, perdón judicial, absolución, medidas de seguridad— que sean objeto de la sentencia.

La sentencia recurrida —como lo afirma el Procurador y acoge la Sala— no adolece de ninguna de aquellas omisiones; "dentro de su severidad y concisión —dice— empieza con una historia clara de los sucesos y de las lesiones y consecuencias que dejaron en las personas de los protagonistas; alude luego a la prueba que milita contra los responsables; y, finalmente, se refiere a las disposiciones penales que les son aplicables"; "lo cual significa —termina— que el fallo del Tribunal sí expone, concretando las pruebas, lo concerniente a la existencia de los delitos, o la responsabilidad de sus autores y a la penalidad que merecen".

#### e) Reducción de la indemnización

No tiene competencia la Corte para decidir la petición relativa a la indemnización de perjuicios, y la razón es obvia: el artículo 559, que rige la casación por perjuicios, la condiciona a la cuantía: es admisible el recurso si la cuantía es mayor de tres mil pesos, y no lo es, si es menor de esta suma.

Otro es el término oportuno para objetar el avalúo de los perjuicios, el cual transcurrió sin que el defensor hubiera ejercitado su derecho, y así el Juez lo aprobó también sin que aquél hu-

biera interpuesto alguno de los recursos que le otorga la ley.

#### f) La suspensión de la pena

No es tampoco pertinente la suspensión de la pena (condena condicional), porque Moreno fue condenado a un año de presidio, y uno de los requisitos para que aquélla pueda concederse es que la pena impuesta sea arresto (menos de tres años) y prisión (menos de dos años).

#### VI — Decisión del recurso

Del anterior estudio se concluye lo siguiente:

a) Que el Tribunal, al aplicar a Moreno el artículo 374 del Código Penal, así como al no haber reconocido las circunstancias de los artículos 25 y 28 del mismo Código, interpretó y aplicó rectamente la ley penal;

b) Que, en la sentencia, expresó clara y terminantemente los hechos que el Tribunal consideró probados, y

c) Que las causales primera y quinta de casación —por lo tanto— no fueron probadas.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del veinticuatro de abril del año pasado, por la cual condenó a Eliseo Moreno a la pena de un año de presidio, por el delito de lesiones personales causadas a Roque García, en el Municipio de Aratoca, el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## LAS CONDENAS ANTERIORES COMO CRITERIO DE LA PELIGROSIDAD Y DE LA REINCIDENCIA

a) La interpretación que se da en la demanda al numeral 2º del artículo 37 es, como dice el Procurador, inadmisibile. La condena, o las condenas anteriores, son —sea cual fuere su número— medida o medidas del grado de la peligrosidad, y sería ilógico y arbitrario que una condena anterior por ser una sola, fuera factor indiferente e inocuo en la noción de la peligrosidad y sin repercusión alguna en la sanción.

b) No siendo jurídico tomar un solo hecho —la condena anterior— como reincidencia y circunstancia de mayor peligrosidad conjunta y simultáneamente, ni siéndolo tampoco el tomarlo como base de calificación de la primera, debe serlo de la segunda, según la tesis de que cuando un mismo hecho es, en la ley, circunstancia modificadora del delito o de la responsabilidad o agravante del delito, y también circunstancia de peligrosidad, solo se considera ésta cuando no se configura aquélla, excluyendo así la conjunta consideración de ambas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Luis David y Rafael Arturo Guevara, hermanos legítimos entre sí, de veintisiete y veintitrés años, respectivamente, nacidos en Ibagué y residentes en el punto "Guaimaral", de aquel Municipio, interpusieron casación —por conducto del abogado doctor Domingo Arias Bernal— contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que los condenó a la pena de cincuenta y tres meses y diez días de presidio, por el delito de lesiones personales en las personas de Benjamín y Pablo Emilio Reyes Salgado, también hermanos entre sí, cometido la mañana del veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en el punto "Loma de

Cocora", del Corregimiento del mismo nombre, Municipio de Ibagué.

Habiéndose ya cumplido todas las normas del estatuto procesal que regulan el recurso, con vista en las tesis del demandante y del Procurador, la Sala lo decide en el presente fallo, previa referencia al delito, a sus antecedentes y modalidades, y también a los actos y providencias del proceso que tienen relación con el recurso.

### I — El delito

En la mañana del veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, fueron vistos en la "Loma de Cocora" —tres hombres que fueron después reconocidos como Luis David, Rafael Arturo y Fernando Guevara— en actitud de espera, como momentos después lo fueron otros dos (Benjamín y Pablo Emilio Reyes) que parecían encaminarse a Ibagué, esto es, en dirección contraria a la de los primeros.

Súbitamente, al pasar los Reyes por el sitio donde los Guevara parecían esperarlos, éstos los atacaron de sorpresa a machete, y a pesar de que aquéllos, ante tan intempestivo ataque, reaccionaron en su propia defensa y agredieron a sus asaltantes, se vieron obligados, ante la acometividad y superioridad de los Guevara, a correr, siempre por aquéllos perseguidos.

De este grave choque, provocado por los Guevara, resultaron todos lesionados, con inusitada gravedad los Reyes, como lo confirman los reconocimientos médicos legales, **Pablo Emilio Reyes**, tres heridas: una, de la región frontal anterior izquierda a la parietal posterior, que le fracturó el cráneo y le dejó como consecuencia, una perturbación psíquica transitoria; otra, en la región preauricular derecha, que le seccionó completamente el tercio superior de la oreja, con la consecuencia de una deformidad física permanente; otra en la región esternal inferior, sin consecuencias, y, además, una incapacidad de sesenta días para el trabajo. **Benjamín Reyes**, siete heridas: en la mano derecha, en el codo del mismo lado (con fractura), en el párpado inferior derecho, en el pómu-

Lo también derecho, dos en el hueso parietal del mismo lado y en el mazo izquierdo con las consecuencias de pérdida funcional (sic) del miembro superior derecho, deformidad física facial y sesenta días de incapacidad. **Luis David Guevara**, una herida en el antebrazo izquierdo, con fractura total del cúbito y parcial del radio, que le produjo la perturbación funcional de la mano izquierda y sesenta días de incapacidad. **Hernando Guevara**, erosiones en la frente y en el dorso de la mano izquierda, y una cortadura en la falange ungueal del pulgar izquierdo, sin consecuencia alguna, con incapacidad de diez días. **Rafael Arturo Guevara**, una sola herida en la parte externa e inferior del codo izquierdo, que solo produjo quince días de incapacidad.

El proceso explica los antecedentes, si no los motivos, de tan grave atentado, así: cinco años antes (el tres de abril de mil novecientos cuarenta), el mismo Tribunal condenó a David Guevara y a sus hijos Luis David y Rafael Arturo por lesiones a Isidro, padre de los Reyes, y a sus hijas Dolores y María Emma Reyes porque acudieron en defensa de su padre. Dos días antes, el diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en Coello, en la cantina de Noé Pedraza, los Guevara intentaron agredir a los Reyes a machete y revólver.

Estos antecedentes, así como la fama de peligrosidad de los Guevara, afirmada por habitantes de la región, fue lo que —precisamente— fundó la calificación del Tribunal, objetada en este recurso.

### III — El proceso

Con base en los denuncios de los Reyes contra los Guevara y de éstos contra aquéllos, se inició este proceso, en el cual se comprobó, en forma plena, la responsabilidad de los Guevara y la irresponsabilidad de los Reyes, sobre las cuales Juzgado y Tribunal sustentaron sus fallos.

Entre los actos procesales y providencias que se relacionan con el recurso, se resumen los siguientes:

a) Auto de proceder del Juez 1º Penal del Circuito de Ibagué, del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, contra los Guevara y los Reyes, considerando que los delitos se cometieron con la circunstancia de la riña suscitada de modo imprevisto;

b) Auto de proceder del Tribunal Superior de Ibagué, del tres de junio del año siguiente, que confirmó el de primer grado, con la reforma de sobreseer definitivamente en favor de los Reyes,

por cuanto éstos atacaron a los Guevara en ejercicio del derecho a la defensa legítima, y también con la de excluir la circunstancia de la riña imprevista;

c) Sentencia de primer grado del veintiuno de octubre del mismo año, por la cual —con aplicación de los artículos 34 (reincidentes), 37 (2º y 9º), 375 y 385 (complicidad correlativa)— condenó a **Luis David y Rafael Antonio Guevara** a cincuenta y tres meses y diez días de presidio, y a **Fernando Guevara** —con aplicación de los artículos 37 (9º), 375 y 385— a cuarenta y cuatro meses de la misma pena, y

d) Sentencia del Tribunal, del cuatro de junio del año pasado, por la cual confirmó la de primera sin reforma alguna.

### III — La demanda

El recurrente clasifica sus objeciones a la sentencia en dos grupos, de los cuales el uno lo refiere a la causal primera de casación, y el otro a la segunda, y cuyos fundamentos se resumen en seguida en el orden y forma presentados en la demanda.

#### A) Causal primera

Comprende tres cargos, que considera como violación de la ley penal.

##### a) Cargo primero

Considera el recurrente que el Tribunal ha violado, por errada interpretación, los artículos 7º del Código de Procedimiento Penal y 471 del de Procedimiento Civil, por cuanto si conforme a la parte motiva, la duda relativa a si la pena de presidio impuesta a Luis David y Rafael Arturo Guevara es individual o conjunta, desaparece, no así la relativa a la multa impuesta a los mismos, que no se sabe si es solidaria o individual para cada uno, contrariando así la norma de la individualización de los derechos, obligatoria en la parte dispositiva del fallo (artículo 471).

##### b) Cargo segundo

Este cargo abarca tres objeciones: se dirige la primera a la omisión en que incurrió el Tribunal al no aplicar el artículo 384 habiendo sido reconocidos en los autos de proceder y en las sentencias los elementos de la riña; la segunda, a que no se les podía computar las circunstancias segunda y novena de mayor peligrosidad, porque aquella se refiere a varias condenaciones y a los Guevara sólo una vez fueron sentenciados, y la novena, porque

la complicidad preordenada no está probada; la tercera objeción se dirige a la calificación de la reincidencia, en virtud de la sentencia de 1940, porque habiendo habido provocación en el delito por aquélla sancionado, no podría tenerse tal sentencia como base de reincidencia al tenor del artículo 35.

Hubo, pues, indebida aplicación de la ley —duce el recurrente —al haber aplicado los artículos 34, 37 (2º y 9º) y dejado de aplicar el artículo 384, todos del mismo Código.

### c) Tercer cargo

Este cargo, que invoca como subsidiario de la exclusión de la circunstancia de la riña imprevista, se concreta a que el Tribunal, dados los antecedentes personales y familiares entre los Guevara y los Reyes, ha debido desconocer la circunstancia del estado de ira o intenso dolor que impulsó a obrar a los Guevara, y como la aplicación del artículo 28 implica una reducción en el tiempo de privación de la libertad (presidio), consecuencialmente implica reducción de la multa.

### B) Causal segunda

Esta causal también comporta —según la clasificación del recurrente— dos cargos: el primero, se refiere a que el Tribunal, desechando la circunstancia de la riña, declarada por los procesados, dio al testimonio de Paulino Prada —que imputa a los Guevara el ataque sorpresivo a los Reyes— un valor probatorio que no tiene, de conformidad con la tesis según la cual un solo testimonio no alcanza a constituir plena prueba; el segundo, partiendo de que hubo una errada interpretación de los hechos por causa de la confusión que el Tribunal hizo de la responsabilidad y modalidad del delito declaradas por Prada, con las resultantes declaradas por Gómez, Hernández y Leguizamón, no condena —como ha debido— por lesiones en riña o en estado de ira o intenso dolor.

### IV — Concepto del Procurador

No sin antes hacer referencia a las omisiones de la sentencia, relativas a que no se hizo la reducción ordenada por el artículo 385, reconocida como fue la circunstancia de la complicidad correlativa, y a que, probado el concurso material de delitos, no se aplicó el artículo 33, quedando así sin sanción el cometido en Pablo Emilio Reyes, el Procurador Delegado en lo Penal, pide —con base en la causal primera —se case parcialmente la sentencia, por cuanto al fijarles la pena se tuvo en cuenta la misma sentencia anterior, como factor

de calificación de la reincidencia y también como circunstancia de mayor peligrosidad, ya que el delito sancionado en la sentencia de 1940 está incluido entre las excepciones del artículo 35 del Código Penal.

No acepta, pues, las objeciones de la demanda, referentes a las circunstancias de la riña imprevista, del estado de ira o intenso dolor y a la complicidad entre los Guevara previamente concertada, ya que los antecedentes, motivos y modalidades del delito no permiten deducir las primeras ni rechazar la última.

Y como no es subsanable la omisión referente al concurso material —lo que solo podría haberse hecho si el Fiscal hubiera recurrido— el Procurador pide se reduzca la pena impuesta a cada uno de los Guevara (Luis David y Rafael Arturo) a cuarenta meses de presidio y la multa a quinientos pesos.

### V — Examen del recurso

Separadamente se estudian en esta parte del fallo las objeciones que se han hecho en la demanda a la sentencia, ya con base en la causal primera, ya con base en la segunda.

Con base en la primera —se repite— el recurrente tacha la falta de claridad y precisión en la fijación de la pena, el desconocimiento o rechazo de las circunstancias de la riña imprevista y del estado de ira o intenso dolor, así como el reconocimiento de las circunstancias de mayor peligrosidad (condenaciones judiciales anteriores y complicidad previamente concertada) y la calificación de la reincidencia; y con base en la causal segunda, la errada apreciación del testimonio de Paulino Prada, el que contribuyó a descartar la riña imprevista alegada con tanta persistencia.

#### a) Falta de individualización de la pena

El hecho irregular de que en la parte dispositiva del fallo se hubiera adoptado la fórmula de “condénase a Luis David y Rafael Arturo Guevara a la pena principal de cincuenta y tres meses y diez días de presidio y setecientos treinta y cinco pesos de multa”, en cambio de la de “condénase a cada uno” de ellos a las mencionadas penas de presidio y multa, no permite —por irregular que sea tal falta de claridad— dar a la imposición de las penas un carácter solidario y conjunto en relación con los dos procesados, en forma tal —como lo supone el recurrente —que, según la fórmula del fallo, cada procesado solo está obligado a cumplir la mitad de las penas (veintisiete

meses de presidio y trescientos sesenta y siete pesos de multa).

El que Luis David y Rafael Arturo Guevara fueran quienes ejecutaran el delito, uno y otro en igual grado de ejecución, con la circunstancia de la complicidad previamente concertada, excluye el riesgo de la responsabilidad limitada; cada uno, por lo tanto, cumple la pena total impuesta, sea en cuanto a la libertad, sea en cuanto a la multa, por su contribución total al delito.

Tratándose, además, de irregularidades de carácter procesal, no se extructura aquí violación de la ley penal sustantiva, —que es la que ordinariamente puede alegarse —según doctrina en la causal primera de casación.

#### b) Las circunstancias de peligrosidad

Violó la ley penal el Tribunal —según el recurrente— al tener en cuenta, como circunstancia de mayor peligrosidad y determinante de la sanción por consiguiente, la sentencia de 1940 que también sancionó a los Guevara por lesiones a los Reyes, siendo una sola condena ya que el numeral 2º exige varias, y al expresar como probada la complicidad previamente concertada de cada uno de los Guevara con los otros.

La interpretación que se da en la demanda al numeral 2º del artículo 37 es, como dice el Procurador, inadmisibile. La condena, o las condenas anteriores, son —sea cual fuere su número— medida o medidas del grado de la peligrosidad, y sería ilógico y arbitrario que una condena anterior, por ser una sola, fuera factor indiferente e inocuo en la noción de la peligrosidad y sin repercusión alguna en la sanción.

El acuerdo previo —que el artículo 37 (9º) del Código Penal comprende bajo la denominación de complicidad previamente concertada— no fue objetado, con las razones de hecho y de derecho que ello requiere, por el demandante, pues apenas se limitó a exponer una conclusión: la de que no estaba probado.

No obstante tan categórica aserción, el proceso la destruye. La agresión de los Guevara a los Reyes varios años antes, lo que culminó en la condena ya referida, la tentativa realizada dos días antes, en la cantina de Noé Pedraza, en Coello, la actitud de espera asumida en la “Loma de Cocora” y el ataque sorpresivo del 20 de marzo (el aquí sancionado), revelan —con fuerza inductiva— la existencia del acuerdo, que —por sus modalidades

y características— no configura, ni la premeditación, ni el acuerdo instantáneo.

#### c) La reincidencia

La objeción de que el Tribunal —con violación del artículo 31 del Código Penal— no podía tener la sentencia de 1940 como base de calificación de la reincidencia, es en cambio jurídicamente fundada.

El mencionado artículo —en efecto— en que se enumeran las infracciones que no pueden tenerse en cuenta en la aplicación de los artículos 33 (concurso) y 34 (reincidencia), incluye “el homicidio y las heridas cuando haya mediado provocación”, y como en la sentencia anterior a los Guevara se les sancionó con la circunstancia de la provocación, no les es imputable la reincidencia.

No siendo jurídico, finalmente, tomar un solo hecho —la condena anterior— como reincidencia y circunstancia de mayor peligrosidad conjunta y simultáneamente, ni siéndolo tampoco el tomarlo como base de calificación de la primera, debe serlo de la segunda, según la tesis de que cuando un mismo hecho es, en la ley, circunstancia modificadora del delito o de la responsabilidad o agravante del delito, y también circunstancia de peligrosidad, sólo se considera ésta cuando no se configura aquélla, excluyendo así la conjunta consideración de ambas.

La pena habrá, pues, de reducirse en la misma medida en que erróneamente fue aumentada al calificar, como fundamento de reincidencia, la condena anterior.

#### d) La riña imprevista

La objeción que con mayor ahinco se interesó en fundar el recurrente, es la relativa a la ejecución del delito con la circunstancia de la riña imprevista, cargando así al Tribunal violación de la ley penal porque, por mandato del artículo 384, no redujo la sanción.

El Juzgado —como lo anotó el Procurador— rechazó dicha circunstancia, el Tribunal la desechó al revisar el auto de proceder, en el juicio la defensa no adujo la prueba necesaria, y así, la sentencia debía dictarse —como se dictó —según la calificación del auto de proceder, a fin de no exponerse al riesgo de incurrir en desacuerdo entre el uno y la otra; desacuerdo solo subsanable en casación.

Por otra parte, los antecedentes, motivos y modalidades del choque excluyen la posibilidad legal de la circunstancia. “La riña imprevista —ha

dicho la Corte— es un lance que surge de improviso para cada uno de los combatientes, que no lo quería ni lo buscó, ni actuó en él de una manera voluntaria sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el aceptarlo”.

El sobreseimiento definitivo decretado en favor de los Reyes, como autores de las lesiones en los Guevara, fundado en la tesis de la legítima defensa, excluye la existencia de la riña, por falta de sus requisitos esenciales, entre ellos el de la imprevisibilidad.

No menos aceptable es la tesis del estado latente de riña, que el recurrente supone existía de antemano entre los Guevara y los Reyes, dadas las antiguas diferencias entre ellos; ese estado anímico, precisamente, quita al encuentro su carácter de imprevisto y fortuito.

#### e) El estado de ira o intenso dolor

La provocación grave e injusta que el recurrente atribuye a los Reyes, para que en los Guevara hubiera producido el estado de ira o intenso dolor que los indujo al delito, tampoco está aquí en forma alguna comprobada; contrariamente, el hecho de haber sido los Reyes sobreseídos, con reconocimiento de su derecho a defenderse legítimamente ante la sorpresiva e inusitada agresión de los Guevara, la amenaza por éstos proferida anteriormente delante de algunos testigos, la tentativa de agresión la antevíspera en el poblado de Coello, y las circunstancias que precedieron al ‘encuentro’ en “Loma de Cocora”, crean la convicción de que fueron los Guevara —y no los Reyes— los provocadores.

El recurrente se abstuvo, muy seguramente por falta de razones, de demostrar los elementos constitutivos de tal circunstancia: la provocación grave e injusta y la ejecución del delito como consecuencia directa de aquélla, esto es, la relación de causalidad entre la provocación y el delito, porque —como se afirma en el proceso— el cargo de provocadores hecho a los Reyes, parte de los Guevara, y éstos —no obstante sus esfuerzos— no lograron confirmarlo.

#### f) Errada apreciación de las pruebas

Lo que objeta el recurrente es el valor que el Tribunal dio a aquellos testimonios que —como el de Paulino Prada— imputan a los Guevara la provocación, destruyendo así el fundamento de la circunstancia de la riña imprevista, y en cambio que no hubiera dado valor alguno a las afirma-

ciones de los procesados en relación con tal circunstancia.

No fue solo el testimonio de Prada —se contesta— el que el Tribunal tomó como base de la sentencia, sino ése, pero como parte integrante de un conjunto de pruebas, testimoniales, indiciarias y documentales, convergentes a un único resultado: la existencia de las circunstancias modificadoras alegadas, sin que la exculpación de los procesados pueda aceptarse cuando —como en este caso— la privan de todo valor los mismos datos del proceso.

La alegada errada apreciación de las pruebas no tiene, pues, fundamento sólido.

#### IV — Decisión del recurso

En atención a que sólo uno de los motivos alegados como fundamento de la causal primera se ha probado —el relativo a la aplicación conjunta de los artículos 34 (reincidencia) y 37 (condena anterior)—, a que el Tribunal dejó de hacer la reducción del artículo 385, no obstante que la complicidad correlativa no es bien clara, y a que dejó de aplicar el artículo 34, dejando sin sanción las lesiones causadas a Pablo Emilio Reyes, la Corte impondrá a cada uno de los Guevara las penas de tres años cuatro meses de presidio y quinientos pesos de multa y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena de presidio.

La Corte —para fundar su fallo— acoge la parte del estudio del Procurador Delegado, que dice:

“Justificada como está en parte la causal primera, en lo referente a la reincidencia, pasa la Procuraduría a insinuar la sanción que corresponde a los procesados Luis David y Rafael Arturo Guevara. Las lesiones más graves causadas por ellos fueron las de Benjamín Reyes que lo incapacitaron por sesenta días y le dejaron, como consecuencia, la pérdida funcional del miembro superior derecho y una deformidad física. Por lo tanto, la disposición penal aplicable es el artículo 375, en relación con el 377. La sanción es de tres a nueve años de presidio, sin poder hacer la acumulación jurídica del artículo 33 respecto del otro delito de lesiones consumado en Pablo Emilio Reyes, por el grave desacierto en que incurrieron los sentenciadores, al dejar por fuera esa infracción. Concurren aquí las circunstancias de peligrosidad previstas por los numerales 2º y 9º del artículo 37 del Código Penal, y también la mayor gravedad del delito de lesiones, por su daño particu-

lar, pues Benjamín Reyes sufrió tres resultados perjudiciales en su integridad personal y en su salud: incapacidad, pérdida del miembro superior derecho y deformidad física. Esta mayor gravedad del hecho está prevista como factor de agravación de la pena por el artículo 36 de la obra citada. Atendiendo a lo anterior, la sanción privativa de la libertad puede fijarse en cuatro años de presidio y la pecuniaria en \$ 600.00 de multa. Dichas penas hay que rebajarlas en una sexta parte, respetando la aplicación del artículo 385 del Estatuto Penal que hizo el Tribunal por la complicidad correlativa, punto éste que tampoco fue materia del auto de proceder, pero que es preciso dejar en firme por no haberse invocado la causal tercera de casación. Total 40 meses de presidio y \$ 500.00 de multa para cada uno de los acusados".

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

**Resuelve:**

A) **Infirmary**, como en efecto infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, del cuatro (4) de junio del año pasado, por la cual condenó a Luis David y Rafael Arturo Guevara, a las penas principales de cincuenta y tres (53) meses y diez (10) días de presidio y multa de setecien-

tos treinta y cinco pesos sesenta y cuatro centavos, por el delito de lesiones personales investigado en este proceso;

B) **Condenar**, como en efecto condena, a cada uno de los nombrados en el ordinal anterior —Luis David y Rafael Arturo Guevara— a las siguientes penas, principales y accesorias:

a) A las principales de tres años y cuatro meses de presidio y quinientos pesos de multa, y

b) A las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a la pérdida de la patria potestad, a la pérdida de la propiedad, en favor del Estado, de las armas con que cometieron el delito, y a la publicación especial de la sentencia.

C) **Condenar**, como en efecto condena, a los mismos procesados, al pago solidario —a título de indemnización de perjuicios causados por el delito— a los perjudicados o herederos o representantes legales, de la suma que se fije en el juicio civil correspondiente con base en el presente fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

NATURALEZA DE LA PROVIDENCIA REGULADA POR EL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA DEJAR DE INICIAR UNA INVESTIGACION CRIMINAL

1.—Según los términos del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, quien debe suspender la actuación civil o administrativa es el funcionario que de éstas conozca.

2.—Pedirle al funcionario que ponga en conocimiento de las partes el impedimento que tiene, no es decirle que se le recusa, sino solicitarle que, si está de acuerdo con el peticionario, haga saber que tiene un motivo para no conocer de un negocio.

3.—Si el funcionario no se consideraba impedido, no tenía por qué declararlo así para conocimiento de las partes, ni tenía por qué haber abierto antes del fallo un incidente que no se propuso de acuerdo con los términos y condiciones de la ley.

4.—Lo natural y lógico es que la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se pronuncie después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado DEL PROCESO", y no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena comprobación de los casos especificados, comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal NO PODIA iniciarse o proseguirse", todo lo cual da a entender que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar. Pero, sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no pueden dictarse sino como CONCLUSION DE PROCESO, y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal)", como ya lo dijo la Corte.

5.—Verdad es que el proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, no es una sentencia, en el sentido estricto del vocablo. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso, con igual eficacia que el sobreseimiento definitivo (artículos 153, 438 y 28 del Código de Procedimiento Penal). No aparece, pues, conforme con la naturaleza de esta providencia que se profiera, no como conclusión de proceso, aunque sea rudimentario, sino precisamente para negarse el juez a iniciar la acción penal.

6.—Estima la Sala que cuando antes de dictar el auto de cabeza de proceso vea el funcionario instructor con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querrela, debe rechazar la acción penal por medio de un auto que exponga las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

**Vistos:**

Debe calificar la Corte el mérito de las presentes diligencias adelantadas contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, doctores Jorge Zurek Mesa, Víctor M. Espinel Blanco y Carlos González Ruiz, que han sido acusados de prevaricato y abuso de autoridad.

**Cargos**

Según los escritos de denuncia presentados ante la Corte, los cargos pueden enunciarse así:

La sociedad de Cristo Vélez y compañía, domiciliada en Cúcuta, sostuvo relaciones comerciales con la sociedad de Julio Añez y compañía, de Maracaibo (Venezuela).

Al liquidarse la cuenta corriente que dichas entidades mantenían, en 31 de diciembre de 1933, resultó un saldo a cargo de Cristo Vélez, que fue garantizado con un depósito a favor de Breuer Moller y compañía, a la cual había cedido sus negocios la sociedad de Julio Añez y compañía, en el año de 1934.

Julio Añez y compañía demandaron a Cristo Vélez y compañía en el año de 1935, ante el Juzgado del Circuito de Cúcuta, por el saldo de la cuenta corriente entre las dos sociedades. El Juzgado condenó a los demandados a pagar a los actores la suma de cuarenta mil ochocientos veintinueve bolívares con cuarenta y cinco céntimos, o su valor en moneda colombiana, más los intereses de esta suma y las costas del juicio.

El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 30 de noviembre de 1939, revocó la anterior, pero la Corte, en la de 8 de noviembre de 1940, confirmó la del Juzgado.

Con base en este fallo de la Corte se llevó a término el juicio ejecutivo que ha servido de base a las acusaciones que ahora se estudian, pues según afirma el denunciante, se inició "sin el registro previo y necesario de la sentencia respectiva" y se subsanó subrepticamente la irregularidad, pues aparecen dos registros del mismo número y de idéntica fecha para el original y la copia de la sentencia. De acuerdo con la ley, la sentencia no ofrecía, pues, mérito ejecutivo.

Pero no solamente hubo este proceder contrario a la ley, sino que el Tribunal no quiso dar cumplimiento a la orden de suspensión del juicio civil "emanada del funcionario investigador de la falsedad implicada en el doble registro", pues el Magistrado ponente del negocio alegó "que ello no conducía a nada", con lo cual violó la terminante

disposición del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Y, por último, el Magistrado Zurek Mesa, se negó a declararse impedido para conocer del negocio, siendo así que el padre del funcionario, don Félix Zurek, y su tío, don Elías Zurek, tenían un pleito con Breuer Moller y compañía, que en las acciones que han mantenido ante la justicia aparecen "identificados, confundidos, convertidos en una misma persona jurídica, solidarios en la defensa de sus comunes intereses económicos".

Esta relación sucinta de los hechos basta para dar idea de los cargos, pues que al estudiar éstos uno a uno se verán los detalles necesarios para decidir lo que la Sala estime legal.

**Estudio de los cargos**

a) **No se declaró nulo lo actuado, a pesar de no estar debidamente registrada la sentencia que sirvió de base al juicio ejecutivo.** Ante el Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta propuso el apoderado de Cristo Vélez y compañía que se declarara nulo lo actuado contra dicha compañía, porque no se habían registrado debidamente los fallos que servían como título ejecutivo para el juicio. Pero como el Juzgado no declarara que existía la nulidad invocada, se apeló para ante el Tribunal.

Pero el Tribunal hubo de desechar la nulidad, porque en el término de pruebas pudo verificarse que en los libros correspondientes se habían registrado los originales de las sentencias dictadas por el Juzgado y por la Corte Suprema de Justicia, como lo dijo aquella entidad (el Tribunal) en providencia de 20 de septiembre de 1943 (f. 14 del c. 4º).

En la providencia del Tribunal de 14 de marzo de 1944, se analizó lo relativo a la falsedad de los registros, para concluir que se confundía el registro de una sentencia con las constancias que en las copias de las sentencias se hacen por el Registrador respectivo; y que el registro de la sentencia no tenía la importancia que se le atribuía, porque según doctrina constante de la Corte Suprema, ese registro no era necesario en tratándose de juicio ejecutivo **entre las partes.**

Al estudiar, en providencia de 10 de abril, la anteriormente citada, explica todavía con más amplitud el Tribunal su pensamiento, con citas numerosas de jurisprudencia de la Corte que hacen ver que el registro de una sentencia no es indispensable para que produzca todos sus efectos **entre los mismos interesados**, sino solamente en lo que atañe a terceros.

Y todavía en las providencias de 16 de mayo de 1944 (f. 2 del c. 3º) y de 2 de febrero de 1945 (f. 62 del c. 3º) repite el Tribunal las mismas doctrinas de que la sentencia que en copia auténtica se había acompañado al proceso era base de recaudo ejecutivo, puesto que el registro se requería para que la sentencia produjera sus efectos contra terceros, pero no en cuanto a las partes del juicio ordinario que había culminado con la sentencia y que ahora discutían sus intereses por medio del juicio ejecutivo.

Ya puede decirse, por lo que se deja expuesto, que no aparece dolo alguno en los proveídos del Tribunal que se acaban de citar, no por su número de cinco en que se repiten las mismas consideraciones, sino porque el Tribunal se basa para hacerlas en las pruebas del proceso y en jurisprudencia realmente reiterada de la Corte en lo referente al problema que tenía a su estudio. Lo que sí se anota desde ahora es la persistencia de los actores, la cual se hará cada vez más visible a medida que se avance en el análisis de los cargos.

**b) No se suspendió la actuación civil ejecutiva, a pesar de la orden del funcionario investigador que así se lo ordenaba al Magistrado que conocía del juicio.**

Con fechas 22 y 30 de mayo de 1944, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal le dirigió un oficio al Magistrado Jorge Zurek Mesa, en el cual le dice que aquel Juzgado ha dispuesto "la suspensión provisional del juicio ejecutivo que adelantan en el Juzgado 1º Civil de este Circuito los señores Julio Añez y compañía sucesores, contra la sociedad Cristo Vélez y compañía, por estar investigando en dicho asunto una irregularidad delictiva que, de comprobarse, tal vez podría influir en el proceso civil" (f. 4 del c. 3º).

El 10 de junio le dirigió el mismo funcionario un despacho telegráfico al mismo Magistrado en el que le dice que el Juzgado "dispuso levantar la suspensión" del juicio ejecutivo por haberse terminado la investigación "sin que se hubiera comprobado hecho delictivo alguno" (f. 7 v. ibídem).

El 19 de junio se comunicó otra vez al Magistrado, esta vez por el Juzgado Penal del Circuito de Cúcuta, que se había ordenado nuevamente la suspensión del juicio ejecutivo (f. 7 del c. 3º).

El Tribunal, en providencia de 20 de junio, después de hacer notar cómo quién debe decretar la suspensión de un juicio civil no es el funcionario en lo penal, sino el Juez que conoce del proceso civil, declara que no atiende la orden de sus-

pensión, tanto por carecer el juez en lo penal de facultad para decretar la dicha suspensión, como porque el telegrama del funcionario investigador decía que la investigación se había terminado sin que se hubiera comprobado irregularidad alguna delictiva (f. 18 del c. 3º).

Tuvo razón el Tribunal en su proceder, en este particular, porque (según los términos del artículo 11 del código de procedimiento penal, quien debe suspender la actuación civil o administrativa es el funcionario que de éstas conozca), como es lo natural y, además, porque el juez investigador le había comunicado muy poco tiempo antes que las diligencias sumarias habían terminado sin que se hubiera descubierto actuación delictiva alguna, máxime si se tiene en cuenta que el Juez en lo civil tenía en su poder algunos datos procesales que le permitían formarse concepto del contenido de la acción penal.

Y tan acertadamente procedió aquí el Tribunal, que el Juez Superior de Cúcuta, en oficio de 24 de enero de 1944, le comunicó al Magistrado sustanciador que aquél Juzgado (el Superior), por sentencia ejecutoriada "dictada conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal" había terminado la actuación penal adelantada en lo que hacía referencia al juicio ejecutivo de Julio Añez y compañía contra Cristo Vélez y compañía (f. 61 del c. 3º). Esto es, que había ocurrido cesación del procedimiento por las causas que en tal precepto se señalan.

**c) El Magistrado Zurek Mesa no se declaró impedido, a pesar de que sus parientes tenían pleito pendiente con Breuer Moller y compañía, que eran la misma persona jurídica que Julio Añez y compañía.**

Lo actuado en el particular es lo siguiente:

El 14 de mayo de 1944, el apoderado de Cristo Vélez le pidió al Magistrado ponente que declarara nulo lo actuado, como consecuencia del impedimento que existía en éste para conocer del negocio; y que "se digne poner en conocimiento de las partes, la causal de impedimento que lo inhibe para conocer de este negocio" (f. 1 del c. 3º).

El mismo día se dictó la sentencia y en ella se dice que los señores Breuer Moller se limitaron a cumplir "el encargo o recomendación que le hizo la casa acreedora del saldo de la cuenta corriente", como lo declararon el Juzgado, el Tribunal y la Corte Suprema, en el juicio ordinario que precedió al ejecutivo; y que no siendo los señores Breuer partes en el litigio, no concurría en el Magistrado ponente la causal de impedimento por

tener pleito pendiente su padre con alguno de los interesados (f. 3 del c. 3º y 34 del c. 4º). Por ello no se consideró nulo lo actuado y confirmó la sentencia de pregón y remate dictada por el inferior.

El apoderado de los ejecutados pidió reposición de la sentencia, pero el Tribunal no accedió a ella, por considerar que la sentencia no era susceptible de ese recurso y porque el motivo de no haberse planteado la recusación en forma expresa no daba lugar a considerar ese punto (fls. 19 del c. 3º).

El apoderado de los ejecutados consideró que sí había propuesto la recusación formal del Magistrado ponente y que por ello se le había denegado justicia (fls. 19 a 23 *ibidem*).

El doctor Zurek Mesa ordenó pasar los escritos a los restantes magistrados de la Sala para que estudiaran la recusación (f. 22 v. *ibidem*) e informaran sobre los motivos por los cuales no se consideró impedido (fls. 23 y 24).

Los magistrados restantes de la Sala declararon, en providencia de 16 de noviembre de 1944, que era infundada la recusación del ponente, doctor Zurek Mesa (fls. 35 v. a 40).

De ese proveído pidió reposición el representante de los ejecutados (fl. 40 *ibidem*) e interpuso súplica para ante el resto del Tribunal.

Pero la Sala Dual consideró que no era el caso de reponer su resolución ni cabía el recurso de súplica (f. 52), en providencia de 12 de diciembre del mismo año (1944).

Y todavía en su providencia de 2 de febrero de 1945 estudió nuevamente la cuestión para concluir una vez más que el Magistrado ponente no estaba impedido, no solo por no ser parte la compañía Breuer Moller en el juicio, sino porque el pleito contra su padre don Félix Zurek no estaba pendiente, como que se había archivado con anterioridad (f. 64 *ibidem*).

Estima la Sala que tampoco en esta movida actuación hubo dolo alguno de parte del Magistrado Zurek Mesa, ni de los restantes magistrados que conocieron del impedimento.

En efecto, un funcionario que no manifiesta hallarse impedido para conocer de un proceso, puede ser recusado por la parte a quien interese su separación del conocimiento del negocio (artículos 437 y 440 del código judicial); pero en el caso que se estudia, ni creyó el magistrado hallarse impedido, ni fue recusado debidamente.

El Magistrado ponente en el juicio, Zurek Mesa, no creyó hallarse impedido para conocer del negocio, porque según las providencias del juicio ordinario, la casa Breuer Moller, que en algún tiem-

po fue acreedora de su ascendiente, no era parte en el proceso.

Que la casa Breuer Moller no era parte en el juicio se deduce claramente del fallo de la Corte que sirve de título ejecutivo, pues los condenados a pagar la suma allí indicada son Cristo Vélez y compañía, sin que la comunidad de negocios entre Añez y compañía y la sociedad primeramente nombrada signifique que para el pago del saldo existía también ese interés solidario. Por eso conviene transcribir parte del informe rendido por el Magistrado Zurek Mesa, al solicitar él también que se resolviera lo referente a su recusación. Dice así en lo pertinente:

“En el fenecido juicio ordinario que culminó con la sentencia base de la ejecución, también alegaron los demandados que el sujeto activo de la obligación que se recauda no eran los demandantes Julio A. Añez Sucesores, sino Breuer Moller y compañía, y tanto el Juzgado como el Tribunal y la Corte Suprema estimaron que los titulares del crédito son los demandantes Añez y así se resolvió en definitiva condenando a Cristo Vélez y compañía a pagar a aquéllos la deuda respectiva.

“La actitud con que la sociedad demandada —dice la Corte en la copia que obra en el informativo— ha presentado su defensa desde la contestación de la demanda y a todo lo largo del juicio consiste en negar que sea deudora de Julio A. Añez y Compañía Sucesores, de Maracaibo, por haber esta firma cedido, como se vio, el saldo de la cuenta corriente de Breuer Moller y Compañía, Sucesores, de Cúcuta, a quienes reconoce como acreedores de ese saldo, pero en las condiciones de pago que se dejaron consignadas en la carta de 5 de marzo de 1943, pactadas por ellos como cesionarios del crédito. “El Tribunal, a quien se remite la Corte sobre el particular estimó que “no tuvo realidad jurídica la cesión del saldo de la cuenta corriente debido por Cristo Vélez y Compañía que se dice fue hecha por Julio A. Añez y Compañía, Sucesores, a favor de Breuer Moller y Compañía, Sucesores, de Cúcuta, según lo sostuvo la sociedad demandada, de tal modo que las obligaciones originadas en el contrato de cuenta corriente vinculan directamente a actor y demandado como acreedor y deudor. Al analizar el Tribunal la intervención que Breuer Moller y Compañía, Sucesores, de Cúcuta, tomó en las operaciones comerciales que se desarrollaron entre Julio A. Añez y Compañía, Sucesores y Cristo Vélez y Compañía, según las cartas a que ya se hizo referencia, concluye que se redujo a cumplir el en-

**cargo o recomendación que le hizo la casa acreedora de Maracaibo para el arreglo, satisfacción y forma de pago del saldo de la cuenta corriente".** (Subraya la Sala).

Pero si esto no fuera suficiente para descartar el interés de Breuer Moller en el juicio ejecutivo, y, por tanto, el nexo del ascendiente del Magistrado Zurek Mesa con ellos, basta con leer el certificado expedido por el Juzgado del conocimiento, en el cual se dice que los juicios de Breuer Moller contra Félix y Elías Zurek estaban archivados, por haber concluido en forma legal desde tiempo anterior al incidente (fls. 56 v. y 32 del c. 3º).

Viniendo ahora al procedimiento, no es exacto que el Magistrado Zurek Mesa hubiera sido recusado y, a pesar de ello, hubiera seguido conociendo del negocio en forma legal. En efecto, lo que le dijo el apoderado de los ejecutados al Tribunal no fue que recusaba al ponente, sino que le decía a éste, en particular, aunque el memorial iba dirigido a los magistrados, que **se digne poner en conocimiento de las partes la causal de impedimento que lo inhibe para conocer de este negocio".** Esta expresión, según el uso corriente del idioma, y según los términos legales no significaba ni podía significar que con ella se recusaba al funcionario.

Pedirle al funcionario que ponga en conocimiento de las partes el impedimento que tiene, no es decirle que se le recusa, sino solicitarle que, si está de acuerdo con el peticionario, haga saber que tiene un motivo para no conocer de un negocio.

Lo cual se confirma al leer el Código de Procedimiento Civil, estatuto en el cual, después de indicar la manera de poner en conocimiento de las partes el impedimento que crea tener un juez o magistrado, trata por separado de la **recusación**, que encabeza con los artículos 440, 441 y 442 que dicen así:

"Artículo 440.—Si el funcionario en quien concurre alguna causal de impedimento no la manifiesta, la parte a quien interese directamente su separación **puede recusarlo** en cualquier estado del juicio, antes del fallo.

"Artículo 441.—La **recusación se propone ante el funcionario a quien toque conocer del incidente**, y debe estar concebida en términos moderados y no ofensivos al recusado".

Y como para que no quede duda en el particular, principia el artículo 442 diciendo: "**Conocen del incidente de recusación de un magistrado los demás que forman la Sala respectiva**".

De suerte, pues, si el funcionario no se consideraba impedido, no tenía por qué declararlo así para conocimiento de las partes, ni tenía por qué haber abierto antes del fallo un incidente que no se propuso de acuerdo con los términos y condiciones de la ley.

Las posteriores actuaciones del Tribunal al respecto, como el admitir el incidente de recusación después de proferido el fallo, apenas pueden aceptarse como un deseo de conceder las mayores facultades para que el apoderado de los ejecutados hiciera valer sus derechos, lo que en vez de ser apreciado así no sirvió sino para complicar el procedimiento y darle oportunidad para descargar sus iras contra el Tribunal al ser fallidos sus propósitos.

Nada significa que el doctor Zurek Mesa, cuando desempeñaba el cargo de Juez del Circuito de Ocaña, si se hubiera declarado impedido y ahora no, porque entonces concurría en él la causal de impedimento, ya que existía pleito pendiente entre su padre y la sociedad Breuer Moller (fls. 29 v., 30 y 32 del c. 3º), lo cual sólo prueba que dicho funcionario se ajustó en sus actuaciones a la ley.

De lo cual puede, pues, concluirse con seguridad que no hubo dolo en el doctor Zurek Mesa ni en los otros dos Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal de Pamplona, en las actuaciones del juicio ejecutivo de Julio Añez y compañía contra Cristo Vélez y compañía.

La insistencia, llevada al extremo con que el apoderado de los demandados ha querido defender sus derechos, solo indica un oculto propósito, ya no encomiable, porque las acusaciones contra los funcionarios no pueden servir —como lo expresó la Corte— sino para sancionarlos por el incumplimiento de sus deberes, pero "son ineptas como procedimientos abreviados para obtener prestaciones que han resultado fallidas por la vía civil o la administrativa".

Sólo resta, para terminar, la decisión que habrá de tomarse, acoger el punto de vista de la Corte, al ordenar abrir esta investigación después de haberla rechazado por medio de la cesación del procedimiento que ordena el artículo 153 del Código adjetivo, o sea, que esa providencia no es la apropiada al efecto.

Lo natural y lógico es que esa providencia se pronuncie después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado **del proceso**", y no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena com-

probación de los casos especificados, comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal **no podía** iniciarse o proseguirse", todo lo cual da a entender que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar.

Pero, sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no pueden dictarse sino como **conclusión de proceso**, y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal)", como ya lo dijo la Corte.

La sentencia, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas. Por eso se ha dicho que el juicio es un silogismo en que la mayor es la disposición legal, la menor el caso concreto en estudio y la conclusión es la aplicación de los preceptos de la ley a dicho caso.

Verdad es que el proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, no es una sentencia, en el sentido estricto del vocablo. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que; al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso, con igual eficacia que el sobreseimiento definitivo (artículos 153, 438 y 28 del Código de Procedimiento Penal).

No aparece, pues, conforme con la naturaleza de esta providencia que se profiera, no como conclusión de proceso, aunque sea rudimentario, sino precisamente para negarse el juez a iniciar la acción penal. Y así rectifica su anterior concepto, contenido en proveídos anteriores dictados en estas diligencias.

Pero entonces, cabe preguntar: ¿qué debe hacer un funcionario cuando antes de dictar el auto cabeza de proceso vea con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sean necesaria la querrela, etc.?

Estima la Sala que en estas ocurrencias se debe rechazar la acción penal por medio de un auto en que exponga las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

De la naturaleza especial de esta actuación, porque el objeto primordial de las investigaciones criminales es el de averiguar si realmente se ha infringido la ley penal y quiénes son los autores del delito; de manera que si el hecho imputado no existe, o si la ley no lo considera como ilícito, o si antes de iniciar el sumario consta plenamente que el acusado o los acusados no son los infractores, etc., la actividad del Estado carecería de finalidad y lo procedente es abstenerse de iniciar un proceso inútil.

Eso quiso decir la Corte cuando expresó que es inexacta la tesis de que toda denuncia criminal debía acogerse incondicionalmente, por el único hecho de haber sido presentada, y que las autoridades no estaban obligadas a iniciar un proceso criminal sino cuando la denuncia tiene fundamento, "esto es, cuando haya alguna posibilidad siquiera de que un ilícito penal se haya realizado, pero no cuando el hecho es física o legalmente imposible". Eso mismo expresan los comentadores cuando dicen, por ejemplo Florián, que si "falta una inculpación de delito el proceso no puede surgir", aunque no es necesario que exista "como verdad de hecho, sino que basta que tenga existencia como hipótesis".

El hecho de que la acción penal sea pública y que por eso no haya en ella **disponibilidad** ni **inmutabilidad** en el objeto del proceso, no quiere decir que el juez tenga que adelantar una acción puesta bajo su tutela si no existe, porque donde no hay objeto sobre el cual recaiga la actividad del Estado no puede haber obligación de actuar para el juez. Dicho en otros términos, si la acción penal "es consecuencia necesaria e ineludible de la infracción penal", síguese que no lo es cuando no existe ni siquiera como hipótesis, como posibilidad, la existencia de la infracción.

Y que así debe actuarse se deduce también de lo preceptuado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, pues allí se estatuye que cuando la persona que presente una querrela no

fuere querellante legítimo y la infracción no obliga a proceder de oficio, el funcionario, "por medio de auto motivado, la devolverá al querellante ilegítimo". Y es que si el Código de Procedimiento autoriza para acudir al estatuto procesal civil en lo que no se oponga a la naturaleza de aquellas actuaciones (de procedimiento penal), mayor razón hay para buscar la analogía en los preceptos del mismo código cuando haya vacíos en el modo de actuar (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal).

De esta suerte, hay que entender que cuando la Corte resolvió abrir la presente investigación luego de ordenar cesar el procedimiento, no dictó la sentencia del artículo 153 del Código de Procedimiento, aunque adoptara esa forma, sino un auto rechazando la acción, por no encontrar motivo suficiente para adelantarla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SOBRESEE DEFINITIVAMENTE** en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, doctores Jorge Zurek Mesa, Víctor M. Espinel Blanco y Carlos González Ruiz, por los cargos que han sido objeto de las presentes diligencias y de los cuales se ha venido hablando.

Tómese copia de lo conducente y remítase a las autoridades correspondientes para que se averigüe las falsas imputaciones ante las autoridades que se hayan podido perpetrar con las acusaciones hechas a los funcionarios de que se trata.

Cópiese y notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

**NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR (1). — CASOS EN QUE UN TESTIGO INCURRE EN CONTRADICCIÓN. — CARACTER DE LA NOMINA COMO DOCUMENTO**

1.—Un testigo se contradice, no porque luégo aclare sus conceptos, talvez por respeto a la verdad y al juramento, sino porque su relato envuelve afirmaciones y negaciones al mismo tiempo, sin que se sepa cuándo es sincero o dice la verdad, y cuándo miente. Esta perplejidad al valorar sus dichos es lo que conduce a rechazarlos, pues no aportan ningún elemento de juicio, sino de duda, que por serlo escapa a toda apreciación probatoria y a todo intento de descubrir la verdad, que es el fin único de la prueba judicial en materia penal.

2.—Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que por mandato de la ley, autoriza con el visto bueno la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para constituirse en documento público.

Puede, desde luego, discutirse la calidad del documento que constituye una nómina; pero es indudable que al poderse hacer afirmaciones en ese documento que ideológicamente indiquen que se ha faltado a la verdad, como es el caso contemplado aquí, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cobro, podría ser privado, pero adquiere inmediatamente el significado de público desde el momento mismo en que sea un funcionario público quien al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que por ser exigidas en la ley, cuando no se hacen o cuando se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tiene valor para los fines para que fue creado;

en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

**Vistos:**

La Sala Penal de la Corte, por medio de auto de fecha veinticinco de mayo del presente año, dictado en el proceso contra el doctor Rafael Flórez Camacho, Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por actos ejecutados en el ejercicio de su cargo, que acarrearán responsabilidad penal, resolvió lo siguiente:

“En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, aceptando las razones del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: 1º—Llamar a responder en juicio criminal al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos de que se ha hecho mención, comprendidos en el Libro II, Título III, Capítulo II y Título VI, Capítulo III del Código Penal, respectivamente, en relación con el Libro I, Título I y Capítulo III de la misma obra. 2º—Decretar, como en efecto lo hace, la detención preventiva del doctor Rafael Flórez Camacho. Para hacerla efectiva, solicítase del Gobierno Nacional la suspensión del doctor Flórez Camacho del cargo de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que actualmente desempeña”.

Con fecha diez y seis del mismo mes de julio y por conducto del Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, fue notificado el procesado doctor Flórez Camacho del auto enjuiciatorio anterior y, en la misma fecha, por medio de escrito que obra a folios 224 a 255 del cuaderno segundo del informativo, interpuso el recurso de reposición de aquella providencia, el que tramitado en forma legal, debe resolverse y a ello se procede.

**Reposición**

Las razones para pedir la reposición del auto de enjuiciamiento proferido por la Sala contra el doctor Flórez Camacho, las deduce el peticiona-

(1) El auto de cuya reposición se trata corre publicado en las páginas 101 y ss. de este mismo número de la Gaceta Judicial.

rio de la circunstancia de que, en su concepto, el informativo levantado en la investigación de los hechos que se le inculpan, no comporta los presupuestos exigidos por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, para una vocación a juicio, o sean:

a) Que en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y

b) Que, por lo menos, resulte "una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o participe, del hecho que se investiga.

Dos son los delitos por los cuales el doctor Flórez Camacho ha sido enjuiciado: **Concusión y Falsedad.**

#### Concusión

Sobre este delito y para fundamentar sus puntos de vista, el doctor Flórez Camacho discurre así, en algunos de los apartes del escrito de reposición:

"Un testigo perjuro, no es testigo. La base probatoria presentada por la acusación del doctor Zafra, funcionario de todo mi respeto, está cifrada **únicamente** en la declaración de la ex-empleada de esta oficina, Beatriz Díaz. No hay ninguna otra declaración que me acuse, porque las otras que aparecen son referenciales, por haberles relatado hechos la misma Díaz, muchos de los cuales hechos rectificó —perjurándose— posteriormente. Y esta declaración, como no puede perderse de vista, hay que mirarla muy cuidadosamente porque se trata de quien está absoluta y totalmente parcializada en mi contra, cumpliendo una consigna de consejo y dirección y otra de venganza personal.

"El artículo 429 citado ha dicho que el testigo debe ofrecer "serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio. "Consiguientemente tenemos que citar —y comentar— el artículo 224 de la misma obra, fundamental en esto de apreciar la validez de un testigo.

"Según ese artículo, todo testigo sano de mente, es hábil para rendir testimonio". Pero agrega que al Juez le corresponde —no discrecionalmente sino atendiendo a las instrucciones que a continuación da el mismo artículo—, "apreciar razonadamente su credibilidad"; agregando, como normas sustantivas de crítica testimonial: "Teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales

del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración". Destacándose entre todas esas condiciones o presupuestos aquella que se refiere a las condiciones personales y sociales del testigo y a las circunstancias en que haya sido percibido lo que se relata o testimonea...

"Veamos ahora el proceso psicológico de la Díaz. Como punto de partida hemos de recordar que tres acusaciones fundamentales me hizo: que le robé en descubierto, reteniéndole una parte del sueldo, injustamente; que la manoseé, que atenté contra su honor y que le dije, cuando protestó, "cánalla"; y que obligué a firmar y hacer las nóminas por valor nominal, para poderla robar.

"a) En su declaración ante el Juzgado Primero Superior dijo que le retenía indebidamente parte de su sueldo. En el careo aparece esta confesión que desmiente su primera afirmación: "No señor, yo lo acepté **voluntariamente sin que usted me hubiera hecho alguna insistencia al respecto**"; que el ofrecimiento del puesto "fue fineza del doctor Flórez Camacho"; "Si señor, yo sabía que el sueldo era superior pero acepté el puesto con solo noventa pesos, siendo el resto para la otra señorita... que trabajaba por fuera".

"b) En la misma declaración dijo: "...puedo afirmar que la retención de esa parte de mi sueldo la hacía sin causa lícita y posiblemente para **aprovecharse** de mi sueldo". En el careo desmintió integralmente tan sucia suspicacia; habló de aceptación voluntaria, de no constreñimiento ni inducción para que aceptara el cargo; de cosas que se le vienen a la cabeza.

"c) En el memorial a la Procuraduría dice que "sencillamente eso es un robo en descubierto". Oigámosla en el careo: "Por qué en este memorial dice usted que eso es un robo en descubierto? Contestó: Es que en una hora de ofuscación a uno se le vienen muchas cosas a la cabeza". Pero recordando la lección aprendida, rectificó inmediatamente, a continuación: "Porque a mí me parece que esto es un atropello y un robo".

"d) En el memorial se lee: "...me obligaba además a firmar las nóminas por su valor nominal". En el careo: "Obligarme propiamente no, pero yo considero que era obligación firmar la nómina por la totalidad del sueldo porque de lo contrario no la pagaban; exigencia, por medio de violencias o amenazas para que la firmara no me hizo usted nunca".

"e) En la declaración ante el Juzgado 1º Su-

perior: "...he de manifestar que en una ocasión en que estábamos en la oficina pretendió él manosearme el cuerpo, pero como yo lo rechacé y le reprobé su comportamiento me dijo canalla". En el careo: "El doctor Flórez Camacho se manejó conmigo correctamente, como todo un caballero". Preguntada: ¿Por qué dice usted en su declaración del 20 de mayo pasado que en alguna ocasión el doctor Flórez intentó manosearla suscitándose entre los dos un incidente por ese motivo? Contestó: Esa fue una ofuscación mía el día que rendí la primera declaración, pero no es verdad lo que allí dije al respecto". Esa ofuscación confesada, añadida a una buena dosis de venganza, fue lo que motivó la totalidad de sus afirmaciones. Y ruego respetuosamente se me demuestre lo contrario, para lo cual me acojo al inciso 4º del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal.

"f) En el careo sostuvo que solamente había cobrado las nóminas de los meses de marzo, abril y mayo, queriendo decir que las demás las había cobrado yo, lo mismo que los correspondientes cheques. Basta leer las declaraciones de los señores Pablo Camacho Gamba, pagador; de la señorita Auxiliar, para ver cómo quien iba siempre a cobrar los cheques y a llevar las nóminas era el empleado de la oficina; en este caso la Díaz y jamás el suscrito Fiscal.

"Frente a este singular y gravísimo cúmulo de graves contradicciones, constitutivas de perjurio y falso testimonio, ¿podrá decirse —justamente— que se ha llenado la condición esencial de que haya una declaración "de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad?". En jamás de los jamases, señores Magistrados".

"Y si no hay declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad, tampoco hay indicio grave que me comprometa en ninguno de los delitos que se me imputan. Sencillamente porque la única prueba existente es la declaración de la Díaz que es manifiestamente parcial e innegablemente perjurio. Y porque para que existiera un indicio grave, que toca los linderos de lo necesario, y en la más alta categoría entre la graduación indicial, se necesitaba existieran pruebas configurativas de responsabilidad, que no aparecen por parte alguna. Por parte alguna, señores Magistrados.

"Esto en cuanto al delito de concusión, que más adelante vuelvo a tratar en cuanto a configuración jurídica y a la responsabilidad, porque aquí solamente he tratado el fundamento de la acusa-

ción, la absoluta carencia de prueba para objetivar el delito....".

"¿Cuáles son los actos que informan aquí el acto concusionario imputado? Que la escribiente de la Fiscalía devengaba un sueldo de noventa pesos, solamente. ¿Se ha demostrado el dolo? Se ha demostrado el abuso? Se ha demostrado la constrictión o la inducción? Con perdón de la ilustre Sala a quien me dirijo, estimo que ninguno de ellos se ha demostrado y que consiguientemente, no se ha configurado el delito cuestionado.

"Para qué yo hubiera abusado de mis funciones, en este caso particular, se necesitaba que en forma dolosa hubiera exagerado el cumplimiento de ellas; o que hubiera cometido una injusticia, igualmente dolosa; o que le hubieran faltado las cualidades convenientes según las circunstancias: como primer requisito incuestionable, imprescindible. Y que yo la hubiera constreñido o inducido a que diera parte del sueldo para otra empleada, cuya existencia está demostrada por medio de declaraciones que —por ser de quienes son— no podrán ponerse en tela de juicio.

"En síntesis, el cargo se desmorona: que nombré a Beatriz Díaz como escribiente con noventa pesos. Lo aceptó así sin sugerencias malintencionadas, sin constrictión, sin inducción, sin dolo; para nombrar otro empleado que ayudara a las funciones de escribanía, porque solo un empleado era insuficiente y yo sacaba cerca de 2.000 vistas fiscales en menos de un año. Con un fin laudable, conveniente, útil: mantener al día la oficina de la Fiscalía. Sin abuso de funciones, porque nada doloso hubo ni en el nombramiento, ni en la división de funciones y trabajos, ni en el trabajo mismo. Los puntos iniciales que informan este memorial de reconsideración y revocatoria del auto de enjuiciamiento, al aplicarlos rigurosamente a los hechos aparecidos, demuestran cómo es de cierto que aquí no ha habido delito. Ni siquiera culpa. Y este delito no tiene la catalogación de culposo.

"¿Entonces? Entonces, señores Magistrados, dando la interpretación justa a los actos por mí cometidos, ha de concluirse que el auto debe revocarse por contrario imperio. Porque aquí no aparece demostrado, ni siquiera insinuado, el delito de concusión. Esa es la más fría, descarnada y escueta realidad. Y yo invito muy respetuosamente a que ello sea así declarado.

"Esta primera parte de mi reconsideración he de terminarla con el siguiente silogismo, que en-

cuentro indestructible dadas las pruebas sobre que se respalda: Para que haya concusión se necesita que haya constreñimiento o incitación; la señorita Díaz ha dicho explícitamente que ni la constreñí, ni la incité a que aceptara el puesto, que lo hizo libre y voluntariamente y ni siquiera insinúa que su pobreza la hubiere **obligado** a aceptarlo en esas condiciones; es así que en tales condiciones no ha habido sino un acuerdo de voluntades, lícito y no constreñido, luego el delito imputado no existe”.

#### Falsedad

Se desprende este delito, como lo dice la providencia enjuiciatoria de cuya reposición se trata, “del informe dado por el señor Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, por el hecho de figurar el nombre de la señorita Carmen González C., como Auxiliar de la Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga, siendo así que dicha persona desempeñaba y devengaba su sueldo correspondiente como empleada estampilladora en las rentas Departamentales”.

Sobre este particular, el auto recurrido considera probados los siguientes hechos:

“1º—La señorita Carmen González C., desempeñaba en el mes de noviembre de 1946 el empleo de Estampilladora de las Rentas Departamentales. Obra en el expediente el certificado sobre ejercicio de su cargo (fol. 6, cuaderno 1).

“2º—Al mismo tiempo se nombró y dio posesión por el señor Fiscal doctor Flórez Camacho, del cargo de Auxiliar de la Fiscalía a la misma señorita Carmen González C., en el mes de noviembre de 1946. Obran en el expediente las copias del nombramiento y posesión (folios 6 y 107, cuaderno 1).

“3º—Obran en el expediente copias auténticas de las nóminas presentadas por la señorita Carmen González C., para cobrar su sueldo como Estampilladora de las Rentas Departamentales de Santander en el mes de noviembre de 1946 (folios 35, 36 y 37, cuaderno 1).

“4º—Obran en el expediente copias auténticas de las nóminas firmadas por el doctor Flórez Camacho y la señorita Carmen González C., como Fiscal y Auxiliar de la Fiscalía, respectivamente, en las dos quincenas del mes de noviembre de 1946 (folios 17 y 18, cuaderno 1).

“5º—Obra en el expediente copia auténtica del recibo expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Santander, como constancia del reintegro hecho por el doctor Flórez Camacho de la suma de ciento treinta y ocho pesos veinti-

dós centavos (\$ 138,22) que había devengado la señorita Carmen González C., en el supuesto ejercicio de Auxiliar de la Fiscalía del Tribunal Superior.

“6º—Declaraciones del señor Magistrado doctor Domingo Arenas Serrano, y de los señores Juan E. Moreno, Carlos Gómez Pradilla y Saúl Villabona A., empleados del Tribunal Superior que atestiguan no haber visto a la señorita Carmen González C., trabajando en la Fiscalía de aquella entidad, y

“7º—La propia confesión del procesado quien acepta el nombramiento y posesión de la señorita Carmen González C., del cargo de Auxiliar de la Fiscalía en el mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis; la no concurrencia de la nombrada a la oficina de la Fiscalía en el mismo lapso; y la restitución del sueldo pagado a la dicha señorita en el mes de noviembre, a la Administración de Hacienda Nacional de Santander”.

Por otra parte, la Sala para pronunciar la vocación a juicio de que se trata, aceptó el carácter de documentos públicos de las nóminas o listas de revista de los funcionarios o empleados públicos u oficiales y, por ende, materializado el delito de falsedad en documentos; quedando así cumplidos los presupuestos de este delito, o sean:

“1º—Que el agente de la infracción sea funcionario público;

“2º—Que altere la verdad abusando de sus funciones, y

“3º—Que la falsedad recaiga en documento público”.

El sindicato, doctor Rafael Flórez Camacho, considera que en el delito de falsedad en documentos que se le imputa tampoco se reúnen los requisitos del artículo 429 del Código Procesal Penal para fundamentar un auto enjuiciatorio, por cuanto las nóminas, base de la infracción, no pueden considerarse como documentos públicos, sustentando su tesis en la siguiente forma:

“He de entrar ahora, señores Magistrados, al estudio del segundo supuesto delito, para deducir el cual el señor doctor Zafra, involucró disposiciones reglamentarias de una oficina controladora de gastos públicos, eminentemente administrativa y ajena al rol penal expresamente asignado a otros funcionarios, con disposiciones sustantivas creadoras de delitos o de actos ilícitos.

“El cuerpo del delito no está demostrado. El Código de Procedimiento Penal ha exigido determinados requisitos para demostrar la materialidad del delito de falsedad, que la H. Corte no tuvo en

consideración al aceptar todo el concepto acusatorio del doctor Zafra.

“Dice así el artículo 316 del Código citado: “Cuando se investigan infracciones consistentes en **falsificación** o suplantación de cartas, papeles o **cualesquiera otras cosas**, se reconocerán por el funcionario los papeles o cosas objeto de la infracción, los cuales se agregarán al expediente si fuere posible”.

“Tal artículo, que incluye no solamente cartas y papeles sino cualesquiera otras cosas, entre las cuales deben incluirse forzosamente y por deducción lógica y jurídica los documentos de cualquier naturaleza, ordena que el funcionario debe reconocer tales papeles o documentos y agregarlos al expediente, si fuere posible. Frase esta, —si fuere posible— que indica cómo han de tomarse todas las medidas conducentes a verificar esa agregación, máxime cuando ello es absolutamente fácil y conviene a la aplicación recta de la justicia.

“En el caso de autos tales papeles no están adicionados en la forma como la ley lo ordena: originales. Se agregaron unas copias **no reconocidas por el funcionario** instructor, ni reconocidas por mí; y no son esas copias, las que debían haberse agregado a los autos sino los papeles o “cualquiera otras cosas” sobre que verse la infracción. Aquí al versar la infracción sobre nóminas, pues esas nóminas originales y reconocidas por el funcionario debían haberse agregado a los autos para que estuviera demostrada la materialidad del delito presupuestado por la acusación. Por eso la ley es perfectamente clara e imperativa: se reconocerán, se agregarán; para indicar que es menester reconocerlos —originales y no en copia—, y agregarlos si fuere posible. Cosas que aquí no se hicieron, dejando en esa forma descubierta de prueba la materialidad de una infracción imputada contra mí. Sin embargo el doctor Zafra saltó por sobre ese artículo y dio por establecido, seguramente, la corporeidad de algo que no está demostrado.

“Consiguientemente, señores Magistrados, muy respetuosamente me permito considerar, contra lo que ustedes han admitido, que no está demostrada la materialidad del delito que el doctor Zafra me achaca. Y que no estando demostrada esa materialidad es perfectamente imposible fundamentar un cargo y sostener un enjuiciamiento.

“La Contraloría no puede crear delitos. Solamente el legislador puede, por mandato constitucional, crear delitos, modificar su configuración jurídica y establecer sus modalidades. Este es, a

mi modesto parecer, un principio innegable e intocable. Y, sin embargo, el señor Zafra en su acusación se apoyó en una simple Resolución dictada por la Contraloría de la República, para decir cuándo se trata de falsedad en documentos públicos y cuándo de documentos privados. Y sobre esa resolución reglamentaria sobre la manera de hacer, no hacer, aprobar, no aprobar, firmar o no firmar, una nómina, —únicas cuestiones que puede hacer una disposición controladora administrativa—, montó todo el edificio acusatorio, para concluir que una nómina es documento público porque así lo enseña y manda la Contraloría —colegisladora?— y por ello se trata de documentos públicos”.

Glosa el peticionario en todas sus partes el concepto del señor Procurador Delegado en la Penal, aceptado por la Corte en su integridad para proferir el auto enjuiciatorio y termina solicitando se revoque el auto encausatorio recurrido y, en su lugar, se sobresea definitivamente a su favor.

#### Primer cargo: concusión

Se considera:

Sin duda alguna, el recurso de reposición tiene por objeto enmendar los agravios que a alguna de las partes haya podido producir una determinada decisión judicial, que considera, quien lo solicita, contraria a los intereses que sustenta. Es también una admirable oportunidad que se le brinda al fallador para valorar sus propios juicios y propiciar un más profundo conocimiento de la cuestión controvertida, sirviéndose para ello de las nuevas alegaciones de la parte interesada y de la reflexión, meditación y análisis que del nuevo estudio resulten para la apreciación del caso.

Desde este punto de vista puede decirse que, para la Sala, el proceso ha sido objeto nuevamente de un estudio atento y detenido, y el memorial de reposición ha sido también largamente meditado, para de esta manera procurar por todos los medios, que la solución que se dé al caso sea, por sobre todo, la concreción más exacta de los hechos.

El doctor Flórez Camacho, como ya se dejó antes transcrito, ensaya una crítica contra el testimonio de la señorita Beatriz Díaz, a quien tacha de testigo perjuro en relación con los cargos que le formula sobre la retención de sueldos que el Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en tal carácter y como Jefe de dicha oficina, hiciera a la mentada señorita, cuando por designación del

mismo doctor Flórez Camacho, en aquella recaída, fue nombrada para desempeñar el cargo de oficial escribiente en tal dependencia oficial.

El doctor Flórez Camacho califica a la testigo como inconstante y versátil en sus afirmaciones, aprovechando pasajes de su testimonio en donde infirma asertos antes dichos. Pero si se tiene en cuenta la misma sinceridad y honradez con que la señorita Beatriz Díaz aclara algunos puntos de su testimonio, es preciso decir que esto, en lugar de colocar a la testigo como sujeto inconstante y toronado, susceptible de contradicciones capaces de quitar todo valor probatorio a sus dichos, puede tomarse, en buena lógica, como el deseo de ser fiel a la verdad y de no insistir en apreciaciones exageradas, que podrían quitar credibilidad a sus palabras.

Un testigo se contradice, no porque luégo aclare sus conceptos, talvez por respeto a la verdad y al juramento, sino porque su relato envuelve afirmaciones y negaciones al mismo tiempo, sin que se sepa cuándo es sincero o dice la verdad, y cuándo miente. Esta perplejidad al valorar sus dichos es lo que conduce a rechazarlos, pues no aportan ningún elemento de juicio, sino de duda, que por serlo escapa a toda apreciación probatoria y a todo intento de descubrir la verdad, que es el fin único de la prueba judicial en materia penal.

Las declaraciones de la señorita Díaz deben ser valoradas y estimadas en este proceso con sujeción a los cánones que sirven para señalar el grado de convicción que aporta un determinado testimonio, cuando es rendido por una persona en circunstancias particulares, en las que el mismo estado psíquico o el sexo son susceptibles de producir fenómenos, que por fuerza de las cosas, deben ser tenidos en consideración, a dar a esos dichos el valor que realmente tienen, como criterio de verdad.

Por eso las aparentes contradicciones en que incurre una testigo como la Díaz, lesionada en la sustracción de dinero que disminuía en alguna proporción su propio sueldo, no pueden ser sometidas a una crítica tan rigurosa como para restarles toda fuerza de convicción. Lo esencial en ese testimonio es que de él aparezca comprobado el hecho de haber sido perjudicada con el descuento de una cantidad de sus emolumentos. Esto es lo fundamental. Las condiciones de esa transacción ilícita inicialmente, pueden tener diferentes explicaciones, pero todas ellas serán acomodaticias para tratar de esquivar una responsabilidad que se deriva, no de dar determinada aplicación a esos di-

neros, sino de obtenerlos por procedimiento y medios ilegales. Pudiera aún demostrarse que el descuento de esa suma se hizo con el fin altruista de distribuirla en forma caritativa entre familias pobres o para fines de beneficencia de cualquier orden, y todavía subsistiría la tacha de ilegalidad e ilicitud adoptada, aunque aquel fin sirviese como circunstancia de menor peligrosidad en el momento de individualizar la sanción, en caso de condena.

Y tanto más cierto es lo anterior, cuanto el mismo doctor Flórez Camacho no osa tachar a la testigo de perjura cuando él mismo acepta, sin duda porque la sinceridad y la verdad del cargo eran de una realidad incontrastable, que llevó a cabo un arreglo amigable con la señorita Díaz para partir el sueldo con ésta. Por cierto que ese arreglo determinado, de que habla en su alegato de reposición (folio 233, segundo cuaderno), es lo que constituye el delito de concusión, porque la ley impide al empleado público, cualquiera que sea su calidad, abusar de sus funciones para conseguir un provecho ilícito, induciendo o constriñendo a otra persona con ese objeto.

El razonamiento del doctor Flórez Camacho sería completo, si mediante él pudiera establecerse que realizar un arreglo amigable, en virtud del cual una persona preste su consentimiento coaccionada por una necesidad de índole económica y ante la amenaza de perder un empleo que requiere urgentemente, no constituye infracción penal alguna. Semejante vacío no puede encontrarse en el Código Penal, porque sería desquiciar el orden jurídico. Precisamente la concusión, tal como la estructura el Estatuto, sanciona hechos como éstos, porque los elementos que configuran ese delito, indican que cuando existan factores coercitivos de cualquier clase para conseguir provecho ilícito abusando de la calidad de funcionario, tal actividad se encuentra entre los términos sancionativos del Código de las penas.

El error del doctor Flórez Camacho, que lo llevara a transgredir el orden jurídico, es pretender justificar su actuación alegando exceso de trabajo en las dependencias a su cargo, circunstancia que según su decir lo condujo a realizar un compromiso con la señorita escribiente de la Fiscalía, para pagarle un sueldo inferior al asignado a ese funcionario, para dar el resto a una empleada que en la casa de habitación del Agente del Ministerio Público ante el Tribunal de Bucaramanga, le ayudaba a despachar el trabajo de la oficina. Pero es que esta clase de compromisos no pueden hacerse por los funcionarios, aunque el fin sea lícito.

to y altruista. De tolerarse o admitirse ese procedimiento, la administración pública que fija las asignaciones civiles de los empleados al servicio del Estado, quedaría no a merced de las leyes, reglamentos o decretos, que señalan tales emolumentos, sino de los propios funcionarios, que por aquel medio, podrían repartir a su antojo los dineros públicos.

Esto de un lado; de otro, el funcionario que así obra, por lo mismo de hacerlo abusando de sus funciones, porque esto no es ni siquiera discutible, se coloca en una situación incompatible con su cargo, porque cualquiera que sea el fin, y aún supóngasele el más generoso o altruista, tal proceder puede implicar o acarrear desconfianza pública para el empleado que así procede, por el recelo que podría suscitar la consideración de que, bajo la apariencia de una acción lícita o siquiera indiferente, se oculte un proceder incorrecto, ilegal o arbitrario.

Es indudable que ninguno de esos extremos, deben permitírseles a los empleados públicos, ya que implica abuso todo lo que se haga obrando de tal manera, porque la administración pública no puede estar a merced del capricho del funcionario, sino sometida a normas de más elevada jerarquía, que la simple explicación de que se pretendió obrar con licitud, cuando todas las apariencias indican lo contrario.

Si el procedimiento adoptado por el doctor Flórez Camacho, que en rigor legal lo hace concusionario, se generalizara, apenas habría empleado público que no se atreviera a él, para favorecer a personas ajenas al servicio público, so capa de altruismo y generosidad; ni tampoco habría ninguno, que con el pretexto de recargo de trabajo, distribuyera empleos a su arbitrio, señalando a su voluntad las asignaciones pagadas por el Estado.

Si el doctor Flórez Camacho tenía un excesivo recargo de trabajo en el despacho de Fiscal, el procedimiento para darle evasión a esa contingencia no podría ser el que adoptó. Los deberes oficiales que juró cumplir, le indicaban distinto proceder: o bien, conseguir, por los medios adecuados, un aumento de los empleados de la Fiscalía; o bien, no atendiendo para proveer esos cargos, a sus personales sentimientos, sino a la capacidad y versación de los subalternos que nombraba, buscando a aquellos que por idoneidad, y no por su pobreza o necesidad, le ayudasen en el desempeño de sus funciones. Otros medios son inaceptables, porque se repite, implicarían la inversión de los procedi-

mientos legales y lo que es más grave aún, constituirían un pernicioso ejemplo.

Y para que se destaque la insistencia del propio sindicado en defender su conducta, resulta oportuno reproducir un párrafo del memorial de reposición, en el que lejos de negar sus actuaciones, las defiende con argumentos desde todo punto de vista inaceptables. Véase si no:

“¿Dónde, entonces, el abuso del funcionario?; ¿dónde la constricción o la inducción maliciosas, o sin malicia? De un acto normal, conveniente en grado sumo para el servicio de la oficina y para la rápida administración de justicia, puede sacarse un delito? De una libre determinación a obrar y aceptar, puede sacarse un delito contra la libertad individual, por violar esa libre determinación? Porque **voluntariamente** —no hay prueba en contrario, señores Magistrados, lo digo con toda franqueza y con perdón a las contrarias opiniones, si llegaren a aparecer—, **aceptó el cargo con ese sueldo**, podrá decirse que la constreñí, que la forcé a que lo aceptara, o que la amenacé para ello? O que si no la amenacé si la convencí, la induje, para que se desprendiera de parte de ese sueldo y con ello obtener un **beneficio absolutamente ilícito** para mí o para un tercero? O que, acaso, el beneficio ilícito constituye delito?”

Es que no puede servir de excusa a un funcionario, para proceder como lo hiciera el doctor Flórez Camacho, argumentar que por el recargo de su oficina, indujo o constreñió, siquiera psicológica o moralmente, a una empleada para que aceptara un sueldo inferior al que debía devengar, solo para que otra persona —ésta no empleada, porque no tenía esa categoría ni figuraba en la nómina— ganara lo que de esa manera sustraía ilícitamente a aquélla. Un proceder de tal índole, debe considerarse totalmente inaceptable, porque permite corruptelas de muy acusada gravedad en la administración pública. Si tal cosa se permitiese, habría que comprobar que la cantidad de sueldo quitado a un empleado en ejercicio sí se destinaba a pagar servicios prestados en lugar distinto a la oficina en donde el funcionario debe desempeñar su cargo, y es evidente que esa demostración constituiría siempre un peligro, pues un empleado incorrecto podría de esa manera justificar delictuosos proceder, con medios susceptibles de engaño. O no sucediendo así —que sería la hipótesis más favorable— podría servirse de ese inaceptable sistema para mejorar sus emolumentos, sustrayendo a los subalternos, parte del sueldo que devengasen. Ambas ocurrencias destacan lo inprocedente

del recurso y ponen de relieve que, de generalizarse, ello significaría que de modo arbitrario el superior jerárquico, con solo emplear gente pobre y por lo mismo necesitada económicamente, puede introducir en la administración pública un factor capaz por sí mismo de producir efectos grandemente corruptores.

Es verdad, como lo anotó el mismo doctor Flórez Camacho, que el empleado público "está obligado, por obligación moral, a poner todos los medios lícitos para que el trabajo aumente y la oficina se ponga al día". Esto es incuestionable. Pero no lo es, que para conseguir ese honesto propósito, se empleen sistemas contrarios a toda norma de delicadeza y pulcritud administrativas, que pueden desembocar en una caracterizada infracción penal, como la que le fue deducida en juicio al procesado, en el auto cuya reposición solicita, en recurso que decide ahora la Corte.

Por razones obvias, y que con anterioridad se han destacado, obrar así es en extremo imprudente e ilegal. Sería lo mismo que permitir al funcionario no someterse a mandato alguno legal, sino a su simple capricho, y no determinar los empleados que deben trabajar bajo su dirección señalando sus funciones y emolumentos respectivos, sino dejar eso al propio capricho y arbitrariedad del mismo funcionario.

En la lista de las asignaciones civiles que rigen para la rama jurisdiccional del Poder Público como una emanación de los gastos del Estado, se fijan los sueldos para cada uno de los empleados al servicio de la Nación. Esa y no otra es la retribución que se les paga por su trabajo. Recortarla, con cualquier pretexto, así sea éste el más altruista y generoso, expone al que tal cosa hace, a incurrir en delincuencia, cuando se llenan, como en el caso de autos, los presupuestos legales que configuran alguna de las infracciones previstas en la ley penal. Concusionario es el funcionario que así actúa, porque con abuso de su cargo, usa procedimientos ilícitos para producirse un beneficio pecuniario en contra de los derechos de los otros.

Efectivamente, como lo anota el memorial de reposición, el delito de concusión exige como elementos estructurales que se constriña o induzca a otro a dar o prometer al mismo funcionario o un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad.

Los elementos esenciales de tal infracción, serán pues: a) Calidad de funcionario o encargado del servicio público en el agente; b) Abuso de esas funciones o de ese cargo para constreñir o indu-

cir a otro a dar o prometer al empleado o a un tercero, dinero u otra utilidad cualquiera; c) Que el objeto de esos hechos sea obtener una ventaja para el agente, y d) Que esa ventaja se consiga de modo ilegal.

Reunidos estos elementos, la infracción se encuentra configurada. Pero como el recurrente aduce como razón para estimar que el proceso debe terminar con sobreseimiento definitivo, la circunstancia de no estar establecido que constriñera o indujera a la señorita Díaz, "a aceptar el puesto", el estudio debe hacerse sobre ese elemento ya que los demás no se ponen en tela de juicio.

En primer lugar, debe admitirse que el cargo deducido en juicio al doctor Flórez Camacho, no consiste, ni tampoco podría consistir, en que constriñera o indujera a la Díaz a aceptar el puesto. La concusión consiste en haber logrado, por uno de esos medios, que la empleada entregara al funcionario parte de su sueldo. Esto debe quedar claro, para evitar el equívoco que permite al procesado sacar el debate jurídico de su verdadero terreno para situarlo en otro, en el cual cree poder aducir argumentos más eficaces para contrarrestar la imputación.

Aunque el cargo le fuese aceptado por la Díaz al funcionario voluntariamente, esto no cambia ni modifica los aspectos de la cuestión. Lo que constituye el hecho ilícito es aprovecharse de esas circunstancias para disminuir el patrimonio de la empleada en provecho de otra persona o del propio funcionario. Tómese nota que el Código contempla ambas ocurrencias. De modo que bien sea porque el provecho haya sido para el funcionario o para tercera persona, la relación jurídica que implica el delito subsiste, sin modificación alguna que cambie su esencia.

Aunque no se hubiese establecido en el proceso el empleo de medios coercitivos, aptos para constreñir, lo que al fin y al cabo indica una especie de acción directa ejercida sobre el sujeto, como que el vocablo constreñir, implica obligar, precisar, o compeler por la fuerza a ejecutar alguna cosa, no puede desconocerse que el otro extremo de la infracción se encuentra demostrado, porque inducir hace relación no ya a una acción directa objetiva, sino a factores de índole psicológica, a motivos morales. El mismo significado gramatical del vocablo así lo indica, pues quiere decir instigar, persuadir, mover. En esta última acepción puede comprenderse la actividad del doctor Flórez Camacho para conseguir su objetivo. Luego por este aspecto es invulnerable la ocurrencia de-

lictiva, porque basta para ello, que quien de tal manera obre, lo haga en forma voluntaria, pero esa voluntad resulte condicionada a prometer o dar. Cuando esto se consigue, se caracteriza la concusión.

#### Segundo cargo: falsedad

Sobre esta imputación el memorial de reposición hace hincapié en algunos puntos fundamentales, entre ellos el de que el cuerpo del delito no está demostrado, basándose en que al proceso no se trajeron sino copias de las nóminas en donde figuraba la señorita Carmen González C., hecho sobre el cual se ha formulado la responsabilidad penal por el delito de falsedad en documentos, de conformidad con la parte motiva del auto de proceder, cuya reposición se está estudiando.

Dicho argumento lo basa el memorialista en el artículo 315 del Código Procesal Penal, pero es notorio que esa disposición no contiene un mandato absoluto, en tal forma que de ser imposible agregar una nómina original, como sería el caso de autos, quedaría sin demostración el cuerpo del delito. A tal absurdo no podría llegarse.

En el expediente obra la copia de esas nóminas expedida de una manera legal y, por consiguiente, cabe aquí tener en cuenta una doctrina de la Corte sobre copias de documentos auténticos, en la que afirma que para que puedan estimarse como prueba en juicio deben ser expedidas bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de esos documentos, que fue ni más ni menos lo que se hizo con las nóminas conducentes en el caso de este proceso y que por tanto pueden ser estimadas como elementos de juicio.

Por lo demás, la circunstancia de ser esas nóminas expedidas, aunque en copia, por la misma Administración de Hacienda de Santander, hace imposible desconocer su calidad de auténticas para los efectos legales.

De otra parte, no puede decirse con exactitud que esas nóminas constituyan el cuerpo del delito de falsificación atribuido al procesado. El cuerpo del delito es el delito mismo, o para hablar en lenguaje legal (Artículo 272 del C. P. P.), la base para la comprobación del cuerpo del delito serán los elementos constitutivos del mismo señalados en la respectiva disposición penal. Siendo ello así, mas que sobre esa argumentación, que no tiene valor alguno para los propósitos perseguidos por el recurrente, resulta más adecuado entrar a la estructura misma del hecho delictuoso, porque de no aparecer su existencia, se desmoronaría la imputación, mientras que de subsistir el cargo, todos

los argumentos aducidos en contra también quedarían desvirtuados.

El doctor Flórez Camacho hace especial hincapié en la naturaleza del documento sobre el cual se apoyó la imputación de falsedad que se le formulara en el auto de proceder dictado por esta Sala. A procurar definir este punto se concretará esta parte de la providencia, para dejar así de una vez contestadas todas las argumentaciones que el recurrente hace al respecto.

La naturaleza jurídica del documento ya fue motivo de amplio estudio por parte del señor Procurador Delegado en lo Penal, que acogiera la Corte en su integridad. Pero como quiera que el doctor Flórez Camacho impugna ese criterio, es apenas natural que éste punto vuelva a ser objeto de especial discriminación.

Fue el mismo señor Procurador Delegado en lo Penal quien planteara la cuestión sobre la calidad del documento en el que hiciera el doctor Flórez Camacho la afirmación reñida con la verdad de que la señorita Carmen González C. había prestado sus servicios como empleada en la Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga, cuando es lo cierto que dicha ocurrencia no podía presentarse, porque dicha señorita, por la misma época en que se hiciera constar aquel hecho, ocupaba un cargo en la Recaudación de Rentas de Santander y, por lo mismo, estaba impedida para ejercer dos empleos públicos y devengar de esta suerte dos sueldos del Tesoro.

En el conceptuoso estudio del señor Procurador Delegado en lo Penal, se citan algunas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el carácter de documento que tiene una nómina.

Así dice una de esas doctrinas:

“Una nómina para cobrar sueldos es un documento oficial, y si en ella se incurre en alguna falsedad, de ésta son reponsables los empleados que intervienen en su formación”. (No. 2527).

Otra de esas doctrinas dice:

“Una nómina para cobrar sueldos, por servicios prestados al Gobierno, no puede considerarse como documento público en el momento mismo en que se presenta al respectivo superior para que le ponga el visto bueno”. (No. 2562).

Una importante glosa merece esta última jurisprudencia. Y es que la Corte afirma allí que la nómina no es documento público antes de que el respectivo superior le ponga el “visto bueno”, afirmación ésta que no puede considerarse reñida con lo sustentado, en el sentido de que sí tiene carácter de documento público, cuando ese “vis-

to bueno" lo pone el jefe de la oficina, que como lo dice la misma Corte, en cita que hace la Procuraduría, "significa que es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa". Es decir, "equivale nada menos que a la certificación del jefe de la oficina, en cuanto afirma que los empleados han prestado realmente sus servicios y se han ganado su sueldo".

También cita la Procuraduría otra doctrina de la Corte en la que se afirma que "la nómina es un documento que le sirve al empleado para que quien ha de pagarle haga el pago; y cuando éste se ha hecho, le sirve al pagador para comprobar la erogación indicada en ella. Es simplemente una cuenta de cobro, antes del pago, y un recibo del pago cuando éste se efectúa. Las nóminas que presentan para cobrar sueldos los empleados públicos no tienen, por consiguiente, el carácter de documentos públicos y auténticos: ellas no son expedidas por funcionarios que ejercen un cargo por la autoridad pública, sino formadas o hechas por los respectivos empleados en beneficio propio y en su carácter de acreedores del Tesoro". (No. 2563).

Como sobre esta doctrina insiste de manera especial el memorial de reposición, resulta necesario hacer atenta referencia a ella.

Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que por mandato de la ley, autoriza con el visto bueno la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para constituirse en documento público.

La falsedad, en el caso de autos, no proviene propiamente de la simple cuenta de cobro, que el empleado presentó para que le fueran pagados sus emolumentos, sino de la afirmación reñida con la verdad, consistente en hacer aparecer que la persona de la señorita Carmen González, desempeñaba un empleo en la Fiscalía a cargo del doctor Flórez Camacho, cuando en realidad de verdad dicha señorita, por mandato constitucional, no podía devengar dos sueldos del Tesoro Público, ya que por la misma época en que el jefe de la oficina certificaba, al poner el "visto bueno" a la nómina, que desempeñaba un cargo en la Fiscalía, afirmaba un hecho falso, porque la señorita

González estaba empleada en la Recaudación de Rentas Departamentales de Santander.

Es aquí en donde debe situarse la verdadera solución del problema, pues, aún aceptando que la nómina en sí misma apenas tenga el carácter de documento privado, porque constituye una cuenta de cobro, no puede decirse lo mismo cuando el jefe de la oficina respectiva hace en dicho documento afirmaciones reñidas con la verdad, como la de hacer aparecer a una persona desempeñando un cargo, cuando ésta en realidad no lo desempeña. Es este el aspecto trascendente del problema, que toma especiales características cuando es precisamente esa certificación, que implica el "visto bueno" del jefe de la oficina respectiva, la que coloca la naturaleza del documento en un plano distinto del que podría tener de ser privado, porque con este carácter no conseguiría que los efectos legales sobre que descansa dicho documento puedan hacerse efectivos, si no es porque el que lo expide o elabora y al mismo tiempo certifica sobre hechos cuya formalidad es indispensable para que tenga valor, en cierto modo lo solemnizan para cumplir sus efectos, como que de otra manera no podría ello ocurrir.

Una sentencia de la Corte, aunque proferida cuando regía el Código de 1890, señala el alcance jurídico del "visto bueno" que cada nómina debe contener para que sirva de cuenta de cobro contra el Estado. Su transcripción, es de gran valor en este caso porque, aunque no esté vigente el mismo estatuto, los principios en ella contenidos, tendrán vigencia siempre, cuando de idénticos documento se trate. Dice así:

"El visto bueno que se pone a las nóminas para cobrar sueldos de empleados públicos, es una frase abreviada del lenguaje forense que significa esto: "es verdadero y corriente todo lo que esta exposición numérica y personal expresa". Cuando esta afirmación oficial que da fuerza legal a un documento de crédito contra el Tesoro es falsa, esta falsedad está sancionada en el Código Penal por disponerlo así el artículo 374 del propio Código". (No. 1685).

Carrara, después de calificar el concepto de documento público en el sentido de contrarrestar el criterio, que él llama falaz, de que lo que le da la calidad de tal, es que la persona que lo ha expedido sea oficial público, por cuanto que este solo concepto podría llevar a conclusiones equívocas, desde luego que también los oficiales públicos pueden dar vida a escrituras privadas, dice en el No. 3751, de su famoso "Programa", que "para que el

escrito extendido por el oficial público tenga el carácter de documento público, es necesario que esté destinado a hacer fe de un hecho contra la administración pública o contra terceros y no solamente a cargo o beneficio del que lo suscribe. Este es el criterio sutil, pero exacto que (de acuerdo con el principio cardinal según el cual, para que haya documento público, se requiere que éste se vincule con la fe pública) traza la línea que separa, entre las muchas escrituras extendidas por un oficial público, las que son documentos públicos a los fines penales y las que no lo son".

De conformidad con este criterio, lo que en el caso a estudio hace fe pública, no es propiamente la cuenta de cobro contra el erario que el funcionario elabora para el pago de los sueldos. Es principalmente, la afirmación que hace el jefe de la oficina respectiva, es decir, el señor Fiscal Flórez Camacho, de que las personas en dicho documento señaladas y cuyos nombres se consignaron en él autógrafos, ocupan cargos en la administración pública, los que han desempeñado efectivamente.

Puede, desde luego, discutirse la calidad del documento que constituya una nómina; pero es indudable que al poderse hacer afirmaciones en ese documento que ideológicamente indiquen que se ha faltado a la verdad, como es el caso contemplado aquí, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cobro, podría ser privado, pero adquiere inmediatamente el significado de público desde el momento mismo en que sea un funcionario público quien al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que por ser exigidas en la ley, cuando no se hace o cuando se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tiene valor para los fines para que fue creado; en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica.

No de otra manera puede enfocarse esta cuestión, ya que de no tener el carácter de falsedad que se le ha asignado a un hecho como el que en el proceso se contempla, sería llegar al absurdo, porque lo sería pretender que el legislador, en la estructura de los delitos, no señalara ninguno que comprendiese los elementos que distinguen un acto de tal naturaleza. Si ello fuese así, nada resultaría más cómodo a los funcionarios públicos que hacer afirmaciones en las nóminas que elaboran de que personas determinadas están desempeñando ciertos cargos públicos, aunque ello no sea cierto, para defraudar al tesoro público. Y esta defrauda-

ción tendría el carácter de estafa, como lo sostiene la jurisprudencia española en la interpretación de un texto similar al del Código colombiano, si se tratara de personas inexistentes, esto es, imaginarias, porque en este caso el engaño que tal delito exige como elemento esencial, quedaría claro al emplear dicho medio fraudulento. Mas cuando se trata de personas existentes, el de hacerlas aparecer como realizando un acto al que en realidad de verdad no concurren, implica ya una mutación de la verdad, que rebasa los límites de infracción contra la propiedad, para adquirir relieves que la sitúan entre los delitos que tutelan la fe pública, cuando de dicha fe están encargados los funcionarios públicos.

En el afán de resolver el problema que plantea este proceso con el máximo acopio de doctrina, que evita todo equívoco sobre los elementos que configuran el delito de falsedad en documento público, la Corte ha buscado en los tratadistas los distintos criterios que gobiernan la cuestión, a fin de orientarse para que la decisión que adopte resulte rodeada del mayor acopio de razones, que la haga invulnerable.

Es sin duda el maestro Carrara quien ofrece motivos de más honda meditación sobre el tema en estudio. Partiendo del concepto de que "el carácter del documento es totalmente objetivo, concluye que no deriva de la persona que lo hace, sino del fin y del efecto". Por ello "es público aquel folio que tiene por fin y efecto hacer fe frente a todos y que es creado con las formas instituidas para garantía de todos". "De aquí deduce el mismo maestro, con base en un fallo de la Corte de Casación de Florencia que "el criterio objetivo es indispensable para completar los caracteres del documento público, pues en dicho fallo se destacó entre los criterios necesarios para constituir dicha clase de documentos: la fe que le es atribuida". Y este criterio es el que es preciso destacar para que la doctrina de Carrara no pueda ser tergiversada buscando con ella sustentar argumentos reñidos con la decisión que propugna la Corte, cuando afirma el maestro "ser equivocada la pretensión de atribuir carácter de documento público a los papeles que un oficial público extiende como títulos de crédito en su propio favor".

Es evidente que si a una nómina apenas se le asigna el carácter de una cuenta de cobro, la opinión de Carrara difícilmente podría no ser tenida en cuenta para señalar el verdadero criterio en lo tocante a considerar dicho documento como público o privado, para efecto de distinguir la false-

dad documentaria que allí pueda presentarse. Mas éste no es el concepto jurídico. Lo que en realidad determina el carácter del documento, aparte de la persona misma que lo otorga o elabora, que debe ser funcionario público, es el abuso de funciones que representa el hecho de consignar en la nómina no la simple cuenta del empleado contra el erario público por el valor de sus asignaciones, sino la fe que a la nómina tiene que ser atribuída, en cuanto afirma que las personas que en ella figuran ocupan cargos en la administración pública y que han trabajado los días y meses que el reglamento señala para efectuar el pago a los servidores públicos. Es entonces cuando ese documento deja de ser cuenta de cobro en interés privado y personal del que la elabora u otorga, para convertirse en un papel que hace fe pública contra el Estado, por las afirmaciones en él contenidas y que de no ser consignadas en dicho documento, ningún valor tendría éste para obligar al erario a satisfacer el pago que allí se ordena, a las mismas personas que allí figuran y por la cantidad devengada, según el trabajo y el tiempo que se cobra de servicio.

Respecto del ataque que el recurrente hace a la Resolución de la Contraloría en que define las nóminas como documentos públicos, solo cabe observar que la Corte no tomó dicha definición como motivo principal para atribuirles aquella calidad, sino apenas como confirmatoria de las razones expuestas, que se fundaron y se fundan en el contenido o naturaleza propia de tales documentos.

Por las razones expuestas, la Corte, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO REPONE el auto de fecha veinticinco de mayo del presente año, por medio del cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos de concusión y falsedad.

Cópiese y notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## RECURSO DE HECHO. — CONTRA LA PROVIDENCIA QUE ORDENA CESAR EL PROCEDIMIENTO NO PROCEDE RECURSO DE CASACION

1.—El artículo 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procesado, en el segundo.

2.—Resulta impropio llamar sentencia a una decisión que se tomó en la etapa sumarial, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que, en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla "sentencia sui generis".

3.—Si lo que acaba de exponerse no fuera suficiente para concluir que las mal llamadas sentencias a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica, todavía podía agregarse la siguiente: ¿De qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?

Si se observan los motivos de las causales que taxativamente la ley establece respecto del recurso de casación, las cuales no son sino siete, no habrá forma de eludir la conclusión negativa. En efecto, sería inoperante la causal 3ª, porque no habiendo auto de proceder no se presentaría el desacuerdo de la sentencia con dicho auto ni, desde luego, con el veredicto. Tampoco la 4ª, porque si no hubo juicio mal podría hablarse de nulidad en el mismo. Ni la 5ª, porque la obliga-

ción de expresar los hechos que se consideran probados es solamente con respecto a las sentencias (letra a) del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal). Ni la 6ª, porque precisamente no ofrecería este caso de incompetencia. Ni la 7ª, como es obvio, porque no habiendo existido debate con el tribunal popular no sería posible el veredicto contradictorio.

Quizás solamente podría tener efecto la 1ª, que generalmente es consecencial, y la 2ª. Es decir, prácticamente una, lo que ya está indicando la irregularidad del caso.

Pero es preciso recordar que el conocimiento de los Jueces Superiores de los delitos que les atribuye el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal no es aislado sino con la intervención de los jueces de conciencia y que, excepcionalmente, prescinden de esa cooperación cuando se trata de hechos cometidos por eclesiásticos.

Razón final para demostrar lo que sin ella estaba ya demostrado. Porque de otra manera se concedería un recurso de casación respecto de un proceso (falsedad) fallado sin el lleno de las formas propias del juicio. Y si este conocimiento fue incompleto, puesto que debiendo —conforme al artículo 45 que antes se citó— intervenir el jurado, éste no intervino, perdería su apoyo legal (artículo 556) el recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Corresponde a la Sala decidir acerca del recurso de hecho interpuesto por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, con motivo de haberle sido negado (providencia de fecha 12 de diciembre de 1947) el recurso de casación que oportunamente interpuso contra la "sentencia" de once de septiembre del mismo año.

Por medio de esta última providencia (la de 11 de septiembre) el Tribunal, apartándose del concepto de su colaborador Fiscal, confirmó lo re-

suelto por el Juez 4º Superior de Bogotá, en que se hizo la siguiente declaración:

"...No ha existido ningún delito por razón de estas diligencias y, en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en las mismas".

Es decir, que se aplicó el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en ambas instancias, definiendo así el resultado de la averiguación de un delito contra la fe pública (falsedad).

Como el recurrente ha cumplido con las formalidades y requisitos prescritos en los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Civil, es llegado el momento de resolver aquí lo que sea legal.

Se trata de saber si una providencia que se dicte por haberse presentado uno de los fenómenos previstos en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, providencia que puede pronunciarse en cualquier tiempo (y aquí fue en la primera etapa procesal), está sujeta al recurso consagrado en el artículo 556 del Código que acaba de citarse, el cual dispone:

"Contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores, podrá interponerse recurso de casación dentro de los quince días siguientes al de su notificación".

Por su parte, el artículo 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal, fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procesado, en el segundo.

Así, pues, el artículo 153 vino a remediar estos inconvenientes, puesto que facultó al Juez o funcionario para que en cualquier estado del proceso pudiera suspender la acción penal, bien porque el hecho no hubiera existido, o porque la ley no lo considerase como infracción penal, o porque la acción no pudiera iniciarse o proseguirse.

Y la misma ley se encargó de darle a esta determinación judicial el calificativo de "sentencia". ¿Pero en realidad lo es?

Sentencia, dice el artículo 156 —ordinal 1º— del Gaceta—11

Código de Procedimiento Penal, es la que se decide definitivamente sobre lo principal del **juicio**. Se ha subrayado el vocablo juicio, porque es indispensable averiguar su alcance y, especialmente, en dónde principia él.

El proceso penal tiene dos etapas: la sumaria, que se inicia con el "auto cabeza de proceso" y en la cual se investigan los hechos y se procura descubrir a los autores y partícipes del delito, y la que sigue al auto de proceder. Pero puede ocurrir que el proceso no contenga sino una, la primera, porque no haya lugar a iniciarse la segunda, cuando, por ejemplo, al calificar el mérito del sumario se declara —en auto de sobreseimiento definitivo— la inocencia de los sindicados o la inexistencia delictuosa del hecho imputado.

Si hay auto de proceder, al ejecutoriarse éste termina el sumario. Así lo ordena expresamente el artículo 434 del Código de Procedimiento Penal.

Si hasta ahí, es decir, antes de la ejecutoria del auto de proceder había sumario, ¿cómo se llama lo que sigue después? El artículo 439 del Código citado aclara el punto, diciendo:

"Ejecutoriado el auto de proceder, principia el juicio...".

Más o menos igual disposición contenía el Código anterior (artículo 1626, Ley 147 de 1888.), que decía:

"El juicio criminal comienza desde el auto en que se declara con lugar al seguimiento de causa, y desde que este auto se notifique legalmente al procesado, es cuando puede decirse que tiene causa criminal abierta".

Adviértese que la antigua ley se valía de la palabra **causa** como sinónima de **juicio**, expresión que la nueva nomenclatura procedimental penal esquivó pero no tanto como para dejarla de usar del todo, pues hay disposiciones de la Ley 94 de 1938 en donde quedó ese término, como por ejemplo, los ordinales 1º y 2º del artículo 44 y, muy especialmente, en el artículo 411, que dice:

"Si antes de calificarse el sumario o de fallarse la **causa**" (se ha subrayado) "hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, por el delito de que se le acusa, habida consideración a la calificación que debería darse a la delincuencia, será también puesto en libertad mediante caución".

De manera que la ley vigente también establece diferencia entre **sumario** y **causa**, y tácitamente le da la misma significación a "causa" y a "juicio", puesto que fallar la causa no viene a ser otra cosa

que fallar el juicio, que ya se ha visto que principiaba con la ejecutoria del auto de proceder, el que a su turno pone fin al sumario.

Con estos antecedentes legales resulta impropio llamar sentencia a una decisión que se tomó en la etapa sumarial, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aún sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla "sentencia *sui generis*".

Si lo que acaba de exponerse no fuera suficiente para concluir que las mal llamadas sentencias a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presupone la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica, todavía podía agregarse la siguiente: ¿De qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?

Si se observan los motivos de las causales que taxativamente la ley establece respecto del recurso de casación, las cuales no son sino siete, no habrá forma de eludir la conclusión negativa. En efecto, sería inoperante la causal 3ª, porque no habiendo auto de proceder no se presentaría el desacuerdo de la sentencia con dicho auto ni, desde luego, con el veredicto. Tampoco la 4ª, porque si no hubo juicio mal podría hablarse de nulidad en el mismo. Ni la 5ª, porque la obligación de expresar los hechos que se consideran probados es solamente con respecto a las sentencias (letra a) del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal). Ni la 6ª, porque precisamente no se ofrecería ese caso de incompetencia. Ni la 7ª, como es obvio, porque no habiendo existido debate con el Tribunal popular no sería posible el veredicto contradictorio.

Quizás solamente podrían tener efecto la 1ª, que generalmente es consecuencial, y la 2ª. Es decir, prácticamente una, lo que ya está indicando la irregularidad del caso.

Pero es preciso recordar que el conocimiento de los Jueces Superiores de los delitos que les atribuye el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal no es aislado sino con la intervención de los jueces de conciencia y que, excepcionalmente, prescinden de esa cooperación cuando se trata de hechos cometidos por eclesiásticos.

Razón final para demostrar lo que sin ella estaba ya demostrado. Porque de otra manera se concedería un recurso de casación respecto de un proceso (falsedad) fallado sin el lleno de las formas propias del juicio. Y si ese conocimiento fue incompleto, puesto que debiendo —conforme al artículo 45 que antes se citó— intervenir el jurado, éste no intervino, perdería su apoyo legal (artículo 556) el recurso de casación.

Quiere el recurrente que la Sala exprese su parecer sobre este punto: si el concepto favorable que debe preceder a la decisión en que se ordena cesar el procedimiento, por la presentación de uno de los motivos previstos en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es obligatorio.

Pero como ya la Sala había expresado su criterio sobre el particular, en fallo de 5 de julio de 1944, publicado en los números 2.010 a 2.014 de la *Gaceta Judicial*, pág. 568, a lo dicho se remite, y dice así:

"Por la trascendencia que tiene la orden de casación 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 del 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, porque justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuido al Ministerio Público y si éste considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de esa opinión". ("Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia", obra del doctor Agustín Gómez Prada, año de 1946, pág. 102).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, estima bien denegado el recurso interpuesto contra la providencia de once de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete del Tribunal Superior de Bogotá, lo cual quiere decir que el de hecho no prospera.

Póngase en conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo resuelto aquí.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

## CULPA PENAL. — SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL EN RELACION CON LA CULPA. PECULADO CULPOSO

1.—Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El Código colombiano estructura ésta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien, cuando el agente no prevé los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien, cuando habiéndolos previsto confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisible o sea, la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa, destacándose entre ellos el de peculado, que la consagra para el funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia.

2.—Mientras que la actividad delictuosa de quien lleva a cabo la sustracción o apropiación indebida de los bienes objeto material de la infracción, apenas lo colocaría como responsable de un delito contra la propiedad, en alguna de sus especies, según la forma o modalidad que señala la misma comisión del hecho, para el funcionario a cuyo cargo está la custodia de esos bienes o efectos, y por cuyo descuido o negligencia sean apropiados o usados indebidamente por la persona que de ellos dispuso, el delito ya toma otro carácter y se convierte para aquél en el delito de peculado culposo, porque es este carácter de funcionario o empleado público el que le da la fisonomía a un acto que de no ser realizado o cumplido, por una persona con dicha calidad, tendría otra deno-

minación jurídica, que podría ser abuso de confianza.

Por eso es exigencia indispensable para que una infracción de esta índole se cumpla, que haya una persona extraña al mismo funcionario imprevisor, que consume dolosamente el hecho que haya de constituir a aquel funcionario en infractor de la ley por concepto de peculado culposo, ya que sin la negligencia o descuido, en una palabra, la imprevisión del funcionario o empleado custodio, no habría podido cumplirse la actividad criminosa que constituye a ambas personas en infractores de la ley con modalidades diferentes y con calificación jurídica distinta.

De aquí dimana que tenga que existir, en casos como éstos, un vínculo de causalidad que una a las dos personas por cuya actividad se produce el extravío o pérdida de los efectos o caudales puestos bajo la custodia del funcionario negligente. Dicho vínculo debe surgir de que precisamente la culpa del funcionario es la que dé ocasión a que el delito se cumpla, puesto que sin el descuido, la negligencia o la imprevisión del funcionario, no habría podido realizarse el acto en virtud del cual se cometiera la defraudación.

El hecho punible dimana aquí de un tercero, quien al consumarlo no pudo hacerlo sino en virtud de las circunstancias en que fue colocado, por obra de la misma culpa de quien, en virtud de sus funciones, no podía descuidar, en manera alguna, la custodia de los bienes y efectos puestos bajo su cuidado. Este vínculo entre los dos, que forma la cooperación delictuosa, con la modalidad de la culpa, es el que constituye la esencia misma de esta infracción y la que le da su más acentuada fisonomía.

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

**Vistos:**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por auto de veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, abrió causa criminal contra el doctor Víctor Ortega Rueda, por el delito de peculado consumado como Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, cuyos hechos tuvieron cumplimiento en los días trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres y el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, en la ciudad de Cúcuta.

Por apelación interpuesta contra aquella providencia por el sindicado y su defensor, corresponde a la Corte revisar en segunda instancia el auto ameritado, lo que debe hacer sobre la copia del mismo que aparece en autos, porque el sumario original desapareció en el incendio del edificio de la Procuraduría, ocurrido el nueve de abril del presente año, y aquella hace fe en cuanto a las pruebas en que se fundamenta y al contenido de la misma, de acuerdo con los preceptos legales, oportunamente citados por el señor Procurador Delegado en lo Penal.

**Antecedentes**

Afirma el Tribunal Superior de Pamplona que el doctor Víctor Ortega Rueda, en su carácter de Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, por influencias políticas colocó al señor Carlos Jaimes Mendoza como Oficial Mayor del Juzgado y, luego, lo ascendió al cargo de Secretario de la misma oficina, sin tener en cuenta las condiciones morales y pésimos antecedentes del agraciado.

El Juez Ortega Rueda hizo confianza ilimitada en Jaimes Mendoza y así era como éste, en su condición de Secretario del Juzgado, recibía los dineros y elementos que a aquella oficina llegaban con los sumarios; era quien llevaba la contabilidad de los mismos y, si es verdad que el Juez guardaba los comprobantes de los depósitos respectivos, los facilitaba al secretario, cada vez que éste así lo exigía; le firmaba los oficios sobre giros y movimiento de dinero bajo la custodia del Juzgado, sin control de ninguna clase, sin leerlos siquiera. En tales circunstancias, Jaimes Mendoza, aprovechando el descuido y falta de previsión de su superior, se apropió fácilmente de varias cantidades de dinero del depositado en el despacho de que era secretario.

Los hechos antes relatados fueron debidamente establecidos, como consta en la providencia del H. Tribunal Superior de Pamplona que es materia de esta revisión y que en el presente caso, a falta del

expediente original, hace plena fe en cuanto a lo que en ella se expone, resaltando la confesión libre y espontánea del sindicado quien manifiesta, entre otras cosas, que en la inspección ocular que se practicó en su Juzgado, observó que su secretario, Carlos Jaimes, al pasar los negocios al despacho, no dejaba constancia alguna de los dineros que había recibido, pertenecientes a los procesos; que cuando Jaimes necesitaba algún comprobante de consignación de aquellos dineros, lo solicitaba al Juez y abusando de la confianza y buena fe del doctor Ortega Rueda, se apropiaba de algunos de aquellos valores.

En síntesis, Carlos Jaimes Mendoza, como secretario del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, pudo apropiarse de sumas de dinero depositadas en el despacho y pertenecientes a los procesos que allí cursaban, merced a la negligencia, descuido e imprevisión del señor Juez del Circuito, a cuyo cargo estaba la custodia de los dineros u objetos que por una razón u otra, ingresaban al Juzgado.

Se considera:

Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El Código colombiano estructura esta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien, cuando el agente no prevé los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien, cuando habiéndolos previsto confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisible o sea, la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa, destacándose entre ellos el de peculado, que la consagra para el funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia.

De forma, que cuando se conjuguen en un determinado hecho los elementos constitutivos de esta modalidad culposa que sanciona el Código en consideración al descuido o negligencia con que el funcionario obra en el ejercicio de su cargo y en

virtud de las cuales se produce el fenómeno de que otra persona, distinta al funcionario mismo, a cuyo cargo están los caudales o efectos que custodia, aprovechándose de la imprevisión previsible de aquél, consuma hechos que den por resultado el extravío de dichos efectos o caudales.

Surge entonces una forma de cooperación criminal que se gobierna por un principio específico, esto es, sin sujeción a las reglas generales, pero que en todo caso merece sanciones en la ley, porque la negligencia o el descuido del funcionario son las causas determinantes de un hecho que por omisión se traduce en un daño patrimonial, bien de los mismos particulares que por cualquier motivo llevan dinero o efectos a la custodia de los funcionarios públicos, o bien que dichos dineros o efectos sean directamente administrados por los mismos funcionarios, como empleados de manejo.

Mientras que la actividad delictuosa de quien lleva a cabo la sustracción o apropiación indebida de los bienes objeto material de la infracción, apenas lo colocaría como responsable de un delito contra la propiedad, en alguna de sus especies, según la forma o modalidad que señalase la misma comisión del hecho, para el funcionario a cuyo cargo está la custodia de esos bienes o efectos y por cuyo descuido o negligencia sean apropiados o usados indebidamente por la persona que de ellos dispuso, el delito ya toma otro carácter y se convierte para aquél en el delito de peculado culposo, porque este carácter de funcionario o empleado público el que le da la fisonomía a un acto que de no ser realizado o cumplido por una persona con dicha calidad, tendría otra denominación jurídica, que podría ser abuso de confianza.

Por eso es exigencia indispensable para que una infracción de esta índole se cumpla, que haya una persona extraña al mismo funcionario imprevisor, que consume dolosamente el hecho que haya de constituir a aquel funcionario en infractor de la ley por concepto de peculado culposo, ya que sin la negligencia o descuido, en una palabra, la imprevisión del funcionario o empleado custodio, no habría podido cumplirse la actividad criminosa que constituye a ambas personas en infractores de la ley con modalidades diferentes y con calificación jurídica distinta.

De aquí dimana que tenga que existir, en casos como estos, un vínculo de causalidad que una a los dos sujetos por cuya actividad se produce el extravío o pérdida de los efectos o caudales puestos bajo la custodia del funcionario negligente. Dicho vínculo de causalidad debe surgir de que precisa-

mente la culpa del funcionario es la que dé ocasión a que el delito se cumpla, puesto que sin el descuido, la negligencia o la imprevisión del funcionario, no habría podido realizarse el acto en virtud del cual se cometiera la defraudación.

El hecho punible dimana aquí de un tercero, quien al consumarlo no pudo hacerlo sino en virtud de las circunstancias en que fue colocado, por obra de la misma culpa de quien, en virtud de sus funciones, no podía descuidar, en manera alguna, la custodia de los bienes y efectos puestos bajo su cuidado. Este vínculo entre los dos, que forma la cooperación delictuosa, con la modalidad de la culpa, es el que constituye la esencia misma de esta infracción y la que le da su más acentuada fisonomía.

Por eso, la doctrina de los penalistas señala estos elementos al peculado culposo:

1º—Que el sujeto activo del delito no puede ser sino funcionario público, que tenga a su cargo caudales o efectos bajo su custodia;

2º—Que exista un hecho de abandono o negligencia inexcusables por parte del funcionario en lo referente a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Dicho abandono o negligencia han de ser inexcusables, es decir, no han de poder ser disculpados ni justificados. Semejante actitud de descuido no ha de provenir de acuerdo o concierto con el que verifica la sustracción, pues entonces el hecho sería imputable a dolo y constituiría un delito distinto, y

3º—Que haya una sustracción de aquellos caudales o efectos por parte de otra persona, la cual al consumarla lo haga sin acuerdo o concierto con el funcionario, pues si este acuerdo o concierto existieran, el delito, para el último, no sería culposo, sino doloso.

Todas las condiciones que se han señalado confluyen para el caso de autos. En efecto, no puede suponerse que el secretario del Juzgado Segundo del Circuito Penal de Cúcuta, Carlos Jaimes Mendoza, llevase a cabo la sustracción dolosa de los efectos o caudales bajo la custodia del Juez Ortega Rueda, sino porque por parte de éste hubo negligencia o descuido en la custodia de aquellos efectos o caudales, que estaban a su cargo, en su calidad de funcionario público.

De manera que esta calidad y el hecho de haber sido sustraídos esos caudales o efectos por la persona del propio secretario del Juzgado, sin que por parte del Juez hubiere la necesaria vigilancia para evitar la pérdida o extravío de ellos, son los elementos que constituyen la modalidad culposa

que le fuera reconocida al procesado y de la cual debe responder en juicio criminal, dentro de los términos del enjuiciamiento que la Corte revisa, en virtud del recurso interpuesto contra el auto de proceder.

Solo que, como con tanta razón lo solicita la Procuraduría, el transcurso del tiempo ha conseguido la prescripción para la primera culpa del funcionario ocurrida en septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, prescripción que debe ser declarada porque la autorizan los artículos 105 y 154 del Código Penal, y aún no se ha presentado el fenómeno de la interrupción de la misma, por cuanto el auto de proceder no está en firme, esto es, no ha sufrido ejecutoria. De aquí que el enjuiciamiento, en el momento actual del proceso, no pueda versar sino sobre el hecho cometido el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis. Con esta reforma, será confirmado el auto de revisión.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el

concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

**Resuelve:**

Reformar el auto de fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, dictado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por medio del cual se llama a responder en juicio criminal al doctor Víctor Ortega Rueda, por el delito de peculado, en el sentido de **declarar que ha cesado el procedimiento o la acción penal**, por cuanto se operó el fenómeno de la **prescripción**, en cuanto al hecho constitutivo de tal delito, consumado el trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y **CONFIRMAR** la misma providencia en cuanto al llamamiento a juicio por el mismo delito y contra la misma persona, por los hechos consumados el diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## ABERRATIO ICTUS. — NULIDADES

1.—Puede decirse que para la ley penal resulta indiferente que la intención o propósito de matar recaiga sobre la misma persona que aparezca ofendida. Aunque sea otra, siempre que el golpe fuera dirigido contra la que se quería lesionar, y ello ocurrió por error o accidente, la indole del delito no por esto se modifica, y la estructura del homicidio no cambia, sino que permanece idéntica, pues la responsabilidad no surge porque la acción delictuosa recaiga sobre una u otra persona determinada, sino porque se elimine de manera ilegal una vida, con propósito de hacerlo y con la causalidad necesaria para que el efecto producido sea la resultante del acto consumado.

2.—El no haberse hecho mención explícita en el auto de proceder del fenómeno de la ABERRATIO ICTUS no constituye causal de nulidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

## Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de fecha once de febrero del presente año, confirmó la de primera instancia, proferida por el señor Juez Primero Superior de aquella ciudad, por medio de la cual se absolvió a Simón o Simeón Ocampo, procesado por el delito de homicidio, abuso de autoridad e inviolabilidad de domicilio.

El Fiscal Segundo de aquel Tribunal, interpuso recurso de casación contra dicho fallo y declarado admisible por la Corte, correspondía a la Procuraduría General de la Nación sustentar el recurso, formulando la demanda correspondiente.

La Procuraduría, por medio de su Delegado en lo Penal, en escrito de fecha trece de agosto de este año, se abstiene de formular la demanda de

casación, solicitando a la Corte, en cambio, declare desierto el recurso.

## Antecedentes

Simón o Simeón Ocampo fue enjuiciado en el Juzgado Primero Superior de Medellín, como responsable de los delitos de homicidio, abuso de autoridad e inviolabilidad de domicilio y, por ellos, compareció ante el Jurado de conciencia, logrando que éste negara los cuestionarios referentes a los delitos de abuso de autoridad e inviolabilidad de domicilio y declarara la no responsabilidad del procesado en el delito de homicidio, por falta de pruebas.

El veredicto de este primer jurado fue declarado, por el Juez de la causa, contrario a la evidencia de los hechos, y vino entonces un segundo Tribunal popular, que respondió el cuestionario que se le propuso, así: "Sí, sin intención de matar".

El Juzgado del conocimiento, tuvo que aceptar la decisión del Tribunal de conciencia y, en fallo que mereció la confirmación del H. Tribunal de Medellín, absolver al acusado por el delito de homicidio, por cuanto consideró que el agente activo careció de propósito de matar a Clementina Valencia, sujeto pasivo del delito, pues que, sencillamente, sucedió que el golpe que iba dirigido contra otra persona, fue recibido por la occisa; resultando así el caso típico de la llamada *aberratio ictus*, fenómeno éste del cual no se hizo la más ligera alusión en el auto de proceder.

Se considera:

Los motivos por los cuales el señor Procurador Delegado en lo Penal se abstiene de formular la demanda de casación, pueden resumirse así:

a) Que es inexistente la nulidad que surge del ordinal 8º del artículo 198 del Código Procesal Penal, por cuanto no hubo error en la denominación jurídica del delito;

b) Que aun aceptando que en el auto de proceder se hubiera incurrido en la omisión de plantear la *aberratio*, tampoco podría sustentarse la nulidad demandada por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín; y

c) Que tampoco cabría sostener la nulidad cons-

titucional derivada del artículo 26 de la Carta fundamental.

La cuestión referente al primer punto de los motivos que podrían invocarse para la casación, la hace surgir el distinguido colaborador de la Corte de un concepto estampado por el Agente del Ministerio Público que interpusiera el recurso, consistente en que, si la ley considera como causal de nulidad el error en el nombre del ofendido, también debería existir la causal cuando hay error en la persona a quien se quiso ofender, es decir, el fenómeno del **aberratio delicti**.

Más, es notorio que dicho fenómeno no se presenta en el caso de autos, por lo menos con prueba tan irrefutable como para poder determinar, sin lugar a la menor duda, que el propósito del agente, al producir el disparo, hubiera sido causar el daño a determinada persona, en lugar de producirse a otra, error éste que daría ocasión a estructurar la figura del **aberratio**, que plantea el artículo 14 del Código Penal. Como con suma razón lo advierte el Procurador Delegado, la circunstancia de haberse producido el disparo cuando ambos esposos trataban de cerrar la puerta, ante la persecución de Ocampo, no permite conocer, a ciencia cierta, la intención del agente de eliminar a uno o, a otro, lo que en tales condiciones resulta una simple hipótesis. Y siendo ello así, mal podría fundarse en un razonamiento tal débil y expuesto a duda, una afirmación que confluyera a declarar nulo el proceso porque hubiese error en la persona del ofendido.

Puede decirse que para la ley penal resulta indiferente que la intención o propósito de matar recaiga sobre la misma persona que aparezca ofendida. Aunque sea otra, siempre que el golpe fuera dirigido contra la que se quería lesionar, y ello ocurrió por error o accidente, la índole del delito no por esto se modifica, y la estructura del homicidio no cambia, sino que permanece idéntica, pues la responsabilidad no surge porque la acción delictuosa recaiga sobre una u otra persona determinada, sino porque se elimine de manera ilegal una vida, con propósito de hacerlo y con la causalidad necesaria para que el efecto producido sea la resultante del acto consumado.

Siendo ello así y no existiendo en el proceso equivocación alguna —como lo afirma la Procuraduría— en cuanto a la naturaleza del delito, ni sobre la identidad del sujeto activo o pasivo, ni sobre las circunstancias en que se cometió, no se ve razón alguna para que se haya incurrido en equi-

vocación u omisión, capaz de producir nulidad en cuanto a la persona ofendida.

Pero si esto no fuera suficiente, la Corte cree, con la Procuraduría, que aun habiéndose incurrido en el auto de proceder en la omisión de no hacer referencia explícita del fenómeno del **aberratio**, tampoco la tesis de la nulidad podría sostenerse jurídicamente. Y como quiera que la Sala encuentra ajustados a la más pura doctrina legal los conceptos de su distinguido colaborador, los hace suyos para demostrar la inexistencia de la argumentación del recurrente marcada con el ordinal b) de la síntesis ya hecha.

Sustenta este punto, de la siguiente manera el señor Procurador:

“Porque el **delito** de “**aberratio ictus**” no existe en la doctrina ni en los códigos penales. Ese error en que incurre el delincuente en los momentos consumativos de la infracción, es apenas una modalidad del hecho que el legislador tiene en cuenta para no exonerar de responsabilidad al autor de un homicidio o de unas lesiones personales, en el evento de que la víctima no sea la misma escogida por el agresor; y sirve también la **aberratio delicti** para apreciar las circunstancias personales, agravantes o atenuantes, que se deriven de la calidad del sujeto contra quien se dirigía la acción, tal como lo estatuye el artículo 14 de nuestro estatuto penal. No es otro su alcance.

“Más claro: la **aberratio delicti** no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho definitivo que reúne todos los elementos típicos de una infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Y en el homicidio y las lesiones, el objeto material del ilícito y a su vez sujeto pasivo del mismo, es siempre el hombre, y no un hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor”.

Tampoco cabría en el caso la nulidad constitucional, porque para que ello ocurriese se necesitaría que los fueros de la defensa hubiesen sido vulnerados hasta el punto de que en ese particular resultaren pretermitidas las normas propias del juicio penal. Esta nulidad, por lo mismo que es esencial, tiene su principal fundamento en todas aquellas disposiciones que hacen relación a los derechos de la defensa y que amparan los principios que tutelan las garantías sociales. Cuando quiera que en el proceso penal resulten infringidas las normas que gobiernan los derechos de las partes a la plenitud de las formalidades del juicio, esto es cuando al reo ni se le oye ni se le vence en jui-

cio con los requisitos propios del procedimiento que la ley estatuye para ello, entonces es claro que se pretermitieron formas adecuadas al fuero defensivo y por ello la nulidad constitucional aparece de manifiesto.

De aquí que cuando, como ocurre en el proceso que da ocasión a esta providencia, no se haya producido vulneración alguna que signifique desconocimiento de los fueros de la defensa, no puede llegarse al extremo de considerar que la nulidad esencial se ha producido. Por el contrario, dos oportunidades tuvo el tribunal popular para decidirse sobre la responsabilidad del reo. Ambas fueron desaprovechadas, en forma que no guarda ni mucho menos relación con una actividad de la índole del fallo de conciencia, pero que no puede ser desconocida en el actual estado del proceso, y menos cuando es el funcionario mismo a quien la ley le otorga la defensa de los fueros sociales, el que se abstiene de formular la demanda de casación; y no existiendo ésta, como es reiterada ju-

risprudencia de la Corte, en casos similares, corresponde dar aplicación al precepto del artículo 565 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, por las razones anteriores, la Corte —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, contra la sentencia de fecha once de febrero del corriente año, por medio de la cual se absolvió a Simón o Simeón Ocampo, por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — TERMINOS PROCESALES. — CADUCIDAD

1.—Tanto la ley, como la doctrina, han determinado el método o criterio a que el recurrente debe someterse cuando la impugnación de la sentencia se basa en la violación de la ley por error en la apreciación de una prueba; así, el mandato del artículo 520 la Corte lo ha distribuido en una serie de obligaciones sucesivas enlazadas entre sí y convergentes al único propósito de obtener la enmienda: el error y su demostración (sea de hecho o de derecho), la violación de la ley sustantiva como consecuencia del error, y, finalmente, la influencia o determinación del error en la resolución del fallo impugnado.

2.—Todo acto procesal —según la doctrina— sólo puede realizarse cuando se han cumplido las condiciones indispensables para darle vida, entre las cuales los términos, pues si no puede concebirse acto alguno procesal sin la observancia de determinadas formas prescritas por la ley, tampoco es posible comprenderlo sin relación al tiempo, esto es, con los términos que la misma ley ha establecido.

“Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante las cuales la controversia va desde el principio hacia la definición, y cuyo conjunto constituye el PROCEDIMIENTO —enseña Chiovenda— deben subordinarse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión: estas condiciones se llaman FORMAS PROCESALES en sentido estricto; en un sentido más amplio y menos propio, se llaman FORMAS las mismas actividades necesarias en el proceso; en cuanto que, estando dirigidas a la actuación de un derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la sustancia”.

“Las determinaciones de tiempo —añade— son, entre las condiciones normales, las más necesarias, como que aseguran el fin del juicio; así, el paso a cosa juzgada de una sentencia puede depender de una determinación de tiempo (término de impugnación). Entre esas determinaciones, unas se refieren al tiempo propio para realizar actos proce-

sales, otras al término fijado para su ejecución”.

Otro expositor de Derecho Procesal —De Mársico— hace la siguiente afirmación: “Es el tiempo —escribe— lo que condiciona no sólo la posición lógica sino el valor jurídico de cada uno de los actos en la relación procesal”.

Si la inobservancia de las condiciones de forma que, de conformidad con la ley, deben revestir los actos procesales, implica determinada sanción (nulidad del acto), la inobservancia de los términos (preclusivos o perentorios) también implica determinada sanción (caducidad) que causa la inexistencia del acto: así, el acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutarlo por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustenta normas como las de los artículos 178 y 202 del Código de Procedimiento Penal y 597 (3) del de Procedimiento Civil.

La caducidad —según la expresión de Florián— produce dos efectos: la PRECLUSION o pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, y la INVALIDEZ JURIDICA del acto que, a pesar de la pérdida de la facultad procesal, se realizó.

Las doctrinas de la Corte —como se dice en seguida— no se apartan de las tesis acabadas de exponer.

“En general —ha conceptuado ella en varias ocasiones— puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, O SE PERMITE su producción (subraya esta Sala), SIN LLENAR LOS REQUISITOS LEGALES, APLICANDOLE LUEGO UNA FUERZA ESTATUIDA SOLO PARA ELEMENTOS PROBATORIOS QUE REUNAN TODAS LAS CUALIDADES EXIGIDAS POR LA LEY. No se trata de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley”.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

**Vistos:**

**El Ingeniero doctor José María Sarmiento**, por medio de apoderado especial, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual fue condenado, como responsable de las lesiones culposas causadas en accidente automovilario al señor José Restrepo Rivera, a la pena de seis meses de prisión (que le fue suspendida) y al pago —a título de indemnización de perjuicios derivados del delito— de la suma de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos, dentro del plazo máximo de sesenta días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

Resuelta —en favor del recurrente— la controversia que suscitó la renuencia del Tribunal a conceder la casación con la tesis de que —tratándose de objetar y atacar la sentencia en lo pertinente a perjuicios— ella, la concesión, se subordina a la doble condición del tiempo de pena (seis años o más) y de la cuantía de los perjuicios (mayor de tres mil), tesis ésta no aceptada por la Corte; concedido por el Tribunal y admitido y sustanciado el recurso mediante el procedimiento propio de la casación civil (artículo 559 del Código de Procedimiento Penal), la Corte lo decide en esta providencia, con vista en las tesis de las partes (defensa y parte civil) empeñadas en esta controversia, y en los actos del proceso que concurren a fundar la condena a la indemnización objetada.

**I — El delito causa de los perjuicios**

Sin embargo, de que el objeto del recurso expresamente se concreta —según el texto de la demanda— a obtener una nueva oportunidad de debatir la cuantía de los perjuicios o una modificación o reducción de la misma, con exclusión de todo tema concerniente a la responsabilidad o a la pena, no es posible prescindir de hacer un breve resumen del hecho que dio origen al proceso y causó los perjuicios, con el propósito de seguir un método en el examen que impone el recurso.

Sin que la descripción que del accidente automovilario ocurrido en esta ciudad el veintinueve de febrero de mil novecientos treinta y nueve hecha aquí, comprometa a la Corte, respecto a la verdad material de las causas que lo produjeron

o de las modalidades que lo especificaron, por cuanto —como se dijo— no las afecta el recurso, procura la Sala, al resumir el accidente, referir aquello en que no hay discrepancia entre las partes.

En la primera hora de la noche del citado día, efectivamente, en la carrera séptima, entre calles cincuenta y tres y cincuenta y cuatro, el Ingeniero Sarmiento se dirigía, en el carro oficial No. 130 al servicio del Ministerio de Obras Públicas, hacia el norte de la ciudad, mientras del edificio del Instituto Geográfico Militar, levantado en el sector oriental de la calle, acababan de salir el señor José Restrepo Rivera y la señora Rosa Herrera de Rocha, y atravesaban o se preparaban a atravesar la calle congestionada por el tránsito de aquella hora.

Fue lo cierto que el carro 130 chocó súbitamente con el señor Restrepo y la señora de Rocha, y, a pesar de que el conductor aplicó los frenos —lo que fue oído por quienes estaban cerca— el primero cayó bajo el estribo izquierdo del carro y contra la acera occidental, y en tan peligrosa situación, que fue necesario, entre varios, levantar el vehículo para libertar al lesionado, el que inmediatamente fue llevado a Marly, y allí sometido a cuidados médicos de urgencia y tratamiento posterior adecuado.

El señor Restrepo —de acuerdo con el primer reconocimiento— sufrió por causa del accidente la fractura de la clavícula izquierda y de la extremidad inferior del hueso radio derecho, y de acuerdo con el último (practicado durante el juicio), estuvo incapacitado para trabajar durante cuarenta y cinco días y le quedó como consecuencia de la lesión del radio, una limitación de los movimientos de flexión de la articulación del puño derecho que, según los Médicos Legistas, constituye perturbación funcional de carácter permanente.

**II — El proceso contra el doctor Sarmiento**

La información de los Agentes de la Policía Leopoldo Duarte y Miguel A. Buitrago y el denuncia que el lesionado presentó ante el Inspector Tercero de Circulación y Tránsito, fundaron la apertura del proceso, en el cual intervinieron, además del nombrado funcionario, el Juez 5<sup>º</sup> del Circuito Penal de Bogotá en la primera instancia y —mediante una de sus Salas parciales— el Tribunal Superior en la segunda.

Los actos y providencias que tienen relación con la demanda, son —en resumen— con la reserva de

presentarlos oportunamente con mayor amplitud, los siguientes:

a) Auto del Juez 5º del Circuito Penal, del nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, que decretó el sobreseimiento definitivo en favor del ingeniero doctor Sarmiento, auto que el Tribunal —de acuerdo con el Fiscal— confirmó el veintidós de julio, y posteriormente, el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, a petición del apoderado de la parte civil, revocó y substituyó por el de enjuiciamiento;

b) Auto del mismo Juez, del nueve de junio del mismo año, por el cual se declaró reo ausente al procesado y se le nombró defensor de oficio al doctor José Vicente Sánchez, antes de haberse cumplido en su totalidad las condiciones que la ley exige para fundar tal declaración;

c) La sentencia de primer grado, del nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, por medio de la cual se absolvió al doctor Sarmiento, y contra la cual las partes no ejercitaron recurso alguno;

d) Auto del Tribunal, del veintidós de mayo, que ordenó pasar el expediente al Fiscal, “para los efectos del artículo 540 del Código de Procedimiento Penal”, y, una vez devuelto, ponerlo a disposición de las partes por cinco días en la Secretaría, “para que manifestaran si tenían pruebas que pedir”;

e) Informe del Secretario, del doce de junio, sobre que “el término de los traslados estaba, vencido, sin que los interesados hubieran pedido la apertura de la causa o pruebas”;

f) Auto del Tribunal, del quince de junio, en el cual ordenó —en virtud del anterior informe— “pasara al señor Fiscal, por el término de cinco días, para que formulara su alegato de conclusión y luego se fijara en lista por el mismo tiempo”;

g) Auto de la misma entidad, del dos de julio, por el cual —a petición del apoderado de la parte civil— abrió el juicio a pruebas, y auto del día veintiuno que ordenó practicar las solicitadas por la parte civil, entre ellas el avalúo de los perjuicios;

h) Sentencia del Tribunal, del 27 de noviembre de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, que impuso al Ingeniero doctor Sarmiento la pena de seis meses de prisión y la obligación de pagar al lesionado, a título de indemnización de perjuicios, la suma de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos (\$ 14.775.00) sesenta días después de la ejecutoria de la sentencia; e

i) Autos de la Corte, del dos de julio y tres de

septiembre del año pasado, por los cuales —en virtud de recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado contra la negativa del Tribunal— concedió el de casación.

### III — La demanda

Tres de las causales que estableció el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, aquí de obligatoria aplicación por mandato expreso del artículo 559 (inciso 2º) del de Procedimiento Penal —la primera, la segunda, y la sexta— invocó el recurrente; impugnó la sentencia, usando otra expresión, porque violó la ley sustantiva, porque no concuerda con las pretensiones de la parte civil en su demanda y, finalmente, porque incurrió el Tribunal en varias causales de nulidad.

De las razones jurídicas expuestas por el mandante, así como de las normas que considera violadas, se hará en seguida una síntesis, destacando aquellos que tienen mayor relación con el contenido y objeto del recurso, que son en el fondo, los perjuicios derivados del delito.

#### a) Causal primera

Desde dos puntos de vista presenta la violación de la ley sustantiva: infracción directa y errada apreciación de las pruebas.

La infracción directa la explica el recurrente por la declaración de reo ausente que, sin haberse hecho el emplazamiento en el tiempo legal (veinte días) y forma (carteles fijados en lugares públicos) que fija el artículo 433, suscribió el Juez de primer grado, siendo así —concué— se privó al procesado de toda defensa, por cuanto se nombró para que la ejerciera a quien, por ser empleado público, no podía ejercerla, y no la ejerció; se le juzgó, pues, sin la observancia de las formas propias del juicio, y se infringió así directamente, el artículo 26 de la Constitución, que es norma sustantiva.

La apreciación errada de las pruebas la deriva de que se hubieran pedido, decretado y practicado extemporáneamente, es decir, después de que —porque no se solicitó la apertura a prueba del juicio— se había ordenado pasar el proceso a las partes para alegar de conclusión, como también la deriva de que, en el supuesto de que no fueran extemporáneas, se practicaron sin consideración a las normas que regulan y garantizan los derechos de las partes, ni a las que constituyen los presupuestos de las pruebas mismas; así, la diligencia de reconstrucción del accidente y el

dictamen técnico sobre sus modalidades, y la pericia sobre la cuantía de los perjuicios, se practicaron sin el conocimiento ni intervención del procesado ni de su defensor, y fueron el fundamento de la condena al pago de perjuicios; se violaron, pues, —afirma el demandante— los artículos 203 y 542 del Código de Procedimiento Penal y 597 del de Procedimiento Civil, y también el artículo 26 de la Constitución.

#### b) Causal segunda

De que en la demanda de constitución de parte civil no se hubiera fijado la cuantía de los perjuicios morales, deduce el recurrente que hubo falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, e imputa al Tribunal, por este motivo, exceso en la fijación de aquella cuantía, o sea una **plus petitio**.

#### c) Causal sexta

El demandante afirma que se incurrió en las siguientes causales de nulidad:

a) En incompetencia de jurisdicción, porque al llegar el proceso al Tribunal, por consulta y apelación del sobreseimiento definitivo, el Magistrado asumió funciones de sustanciador y ponente sin que se hubiera hecho previamente el reparto del caso;

b) En ilegitimidad de la personería de la parte civil y de su apoderado, porque el Juez del Circuito Penal admitió la parte civil sin revocar el auto del Inspector 39 de Circulación, por el cual se devolvió la demanda por falta de algunos de los requisitos que fija la ley, y

c) En nulidad constitucional, por falta de defensa, pues si la declaración de reo ausente es nula, también lo es la designación de defensor, quien —por lo demás— no cumplió ni podía cumplir su cargo como empleado que era del Ministerio de Gobierno.

### IV — Estudio del recurso

No sin dejar de reconocer el error doctrinario y de técnica jurídico-procesal en que incurrieron —sin fundamento ni explicación algunos— quienes redactaron y elevaron a categoría de ley el proyecto de código, al fijar el procedimiento de la casación civil a la casación penal en los casos de impugnación de la sentencia por motivo de los perjuicios derivados del delito, ya que ello se opone al principio de la autonomía del proceso penal,

la Corte, —con observancia de la norma que así lo dispone— estudia la demanda, concretándose a las causales de contenido estrictamente civil que no afecten los problemas relativos a la responsabilidad y al delito, por decisión de aquella expresamente excluidos del recurso.

#### a) Causal primera

Siendo cierta y fundada la objeción relativa a la pretermisión de los requisitos que la ley establece para declarar reo ausente al procesado, el pronunciamiento sobre este tema (violación de la ley sustantiva por infracción directa) con base en la norma constitucional (artículo 26), incidiría necesariamente en la relación de Derecho Penal entre el procesado y el Estado, lo que la Corte —al decidir la controversia entre la parte civil y la defensa sobre la admisibilidad de la casación— explícitamente libertó de las contingencias del recurso; implica esto, por lo tanto, la limitación del estudio de esta causal a la segunda de las cuestiones propuestas, esto es, a si el Tribunal, como consecuencia de una apreciación errónea de las pruebas, de la pericial más estrictamente, incurrió en violación de la ley sustantiva o material.

Antes de iniciar el examen anunciado, es indispensable —como cuestión previa— hacer referencia a los principios jurídicos que disciplinan el recurso.

Tanto la ley, como la doctrina, han determinado el método o criterio a que el recurrente debe someterse cuando la impugnación de la sentencia se basa en la violación de la ley por error en la apreciación de una prueba; así, el mandato del artículo 520 la Corte lo ha distribuido en una serie de obligaciones sucesivas enlazadas entre sí, y convergentes al único propósito de obtener la enmienda: el error y su demostración (sea de hecho o de derecho), la violación de la ley sustantiva como consecuencia del error, y, finalmente, la influencia o determinación del error en la resolución del fallo impugnado.

No obstante que la tenacidad en sustentar el error de apreciación de pruebas relativas al delito y a la responsabilidad —tema extraño aquí— de preferencia al error de apreciación de las relativas a los perjuicios, llevó al recurrente a dar a la demanda una forma no en su totalidad acomodada a la técnica de la casación civil, si da base legal para acometer su estudio, concretándolo —eso sí— a las pruebas que determinaron la condena al pago de perjuicios.

El recurrente afirma que el Tribunal cometió error de derecho al apreciar las pruebas practicadas en la segunda instancia del juicio, por dos motivos: primero, porque la apertura a prueba se decretó cuando ya había transcurrido el término que fija el artículo 541 del estatuto procesal penal, y segundo porque se ordenó practicar las pedidas también después del término que señala el artículo 543 del mismo estatuto; de modo que —según la demanda— se violaron las siguientes normas:

a) El artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, según el cual “todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez”;

b) El artículo 203 del mismo Código según el cual no se puede dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella (y también la de los perjuicios causados por el delito);

c) Los artículos 542 y 543 del mismo Código que fijan los términos dentro de los cuales las partes pueden pedir pruebas;

d) El artículo 597 (3º) del Código de Procedimiento Civil, según el cual “para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso, por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto”, y

e) El artículo 26 de la Constitución Nacional, según el cual “nadie podía ser juzgado sino de acuerdo con las formas propias de cada juicio”.

Estas objeciones, como claramente se deduce, conciernen a los presupuestos o condiciones de los actos procesales —entre ellos el término— y a las sanciones que por su inobservancia se imponen.

Todo acto procesal —según la doctrina— sólo puede realizarse cuando se han cumplido las condiciones indispensables para darle vida, entre las cuales los términos, pues si no puede concebirse acto alguno procesal sin la observancia de determinadas formas prescritas por la ley, tampoco es posible comprenderlo sin relación al tiempo, esto es, con los términos que la misma ley ha establecido.

“Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante las cuales la controversia va desde el principio hacia la definición, y cuyo conjunto constituye el **procedimiento** —enseña Chiovenda— deben subordinarse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión: estas condiciones se llaman **formas procesa-**

**les** en sentido estricto; en un sentido más amplio y menos propio, se llaman **formas** las mismas actividades necesarias en el proceso, en cuanto que, estando dirigidas a la actuación de un derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la substancia”.

“Las determinaciones de tiempo —añade— son, entre las condiciones normales, las más necesarias, como que aseguran el fin del juicio; así el paso a cosa juzgada de una sentencia puede depender de una determinación de tiempo (término de impugnación). Entre esas determinaciones, unas se refieren al tiempo propio para realizar actos procesales, otras al término fijado para su ejecución”.

Otro expositor de Derecho Procesal —De Mársico— hace la siguiente afirmación: “Es el tiempo —escribe— lo que condiciona no solo la posición lógica sino el valor jurídico de cada uno de los actos en la relación procesal”.

Si la inobservancia de las condiciones de forma que, de conformidad con la ley, deben revestir los actos procesales, implica determinada sanción (nulidad del acto), la inobservancia de los términos (preclusivos o perentorios) también implica determinada acción (caducidad) que causa la inexistencia del acto; así, el acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutarlo por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustenta normas como las de los artículos 178 y 202 del Código de Procedimiento Penal y 597 (3º) del de Procedimiento Civil.

La caducidad —según la expresión de Florián— produce dos efectos: la **preclusión** o pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, y la **invalidez jurídica** del acto que, a pesar de la pérdida de la facultad procesal, se realizó.

Las doctrinas de la Corte —como se dice en seguida— no se apartan de las tesis acabadas de exponer.

“En general —ha conceptuado ella en varias oportunidades— puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción (subraya esta Sala) **sin llenar los requisitos legales. aplicándole luego una fuerza estatuida solo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley.** No se trata de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley”.

Comprobado, por lo tanto, el error de derecho consistente en haber estimado el mérito de pruebas —entre ellas el dictamen sobre el avalúo de perjuicios, al cual se concreta el recurso— pruebas solicitadas y decretadas con violación de los artículos 178 del Código de Procedimiento Penal, y 597 (3º) del de Procedimiento Civil, error aquél que fundó la condena al pago de la suma fijada en el dictamen, la sentencia debe casarse en virtud de la causal primera.

#### b) Causales segunda y sexta

La objeción referente a que el Tribunal condenó al pago de perjuicios morales (segunda causal) sin que el lesionado lo hubiera pedido ni fijado su cuantía probable en la demanda incurriendo así en **plus petitio**, aunque ella es cierta (la objeción), no tiene aquí importancia alguna por cuanto, fundada la causal primera, es inocua su consideración (artículo 538 del C. P. C.).

De los motivos de nulidad alegables en casación (sexta causal) que hubieran podido declararse fundados, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal —que era el pertinente— fue presentado equivocadamente como base de violación de la ley sustantiva por infracción directa, en oposición a los artículos 520 (6ª), y 448 (3ª) del Código de Procedimiento Civil, que atribuyen al emplazamiento hecho sin la forma legal causa de nulidad procesal; sin embargo, la casación fundada en tal motivo solo habría afectado la sentencia, como la afecta el error de derecho en la apreciación de la prueba, en cuanto a la condena al pago de perjuicios, ya que —excluido como fue del recurso lo relativo al delito y a la responsabilidad— la nulidad solo habría causado la invalidación en el aspecto civil, no en el penal.

Los otros motivos tienen menor base jurídica: la nulidad por incompetencia de jurisdicción no puede alegarse —según el artículo 449 del Código de Procedimiento Civil— si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho en forma indebida: la constitución de parte civil, en la forma en que fue admitida, si es una irregularidad, no es de entidad tan sustancial, que llegue a interesar el tema de la jurisdicción, y la nulidad constitucional, como se ha dicho, no tiene el fundamento que le atribuye el recurrente.

#### V — Decisión del recurso

Fundada que ha sido la causal primera, por cuanto el Tribunal tomó como base del fallo pruebas que, por haber sido producidas ilegalmente, no

podía estimar —como se explica en el cuerpo de esta providencia— ha de casarse solamente en la parte relativa a la condena al pago de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos a título de indemnización de perjuicios, ya que si las otras pruebas tienen el mismo vicio, ellas afectan la cuestión penal, que no es materia del recurso.

Pero esta decisión no liberta de la obligación —impuesta por el artículo 92 del estatuto penal— de condenar, al menos en abstracto, a la indemnización de los perjuicios que, como resultado del proceso ante el Juez Civil, se compruebe haya causado el delito, y en este sentido se habrá de dictar el fallo respectivo.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### Resuelve:

a) Infirmar, como en efecto infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), sólo en cuanto por ella el Ingeniero doctor José María Sarmiento fue condenado a pagar al señor José Restrepo Rivera, a título de indemnización de perjuicios derivados de las lesiones personales que el primero causó al segundo en accidente automovilario ocurrido en esta ciudad en el mes de febrero de mil novecientos treinta y nueve, y

b) Condenar al mismo doctor Sarmiento, y por la misma causa, al pago de la indemnización de perjuicios derivados del mencionado delito, de conformidad con el fallo que ponga fin a la acción que se promueva ante el Juez Civil competente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

NOTA: Se publica en este número la anterior sentencia, a pesar de que ella habría debido salir en el correspondiente al mes de noviembre de 1948, por cuanto de ello se pidió aclaración, solicitud que la Corte resolvió por medio de la providencia que se publica a continuación, y se ha considerado más conveniente publicar las dos providencias a un mismo tiempo.

El Relator de la Corte.

## NO SE ACCEDE A ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR. — CONDENACION A PAGO DE PERJUICIOS CIVILES HECHA EN ABSTRACTO

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

### Vistos:

El apoderado del doctor José María Sarmiento ha solicitado se aclare la sentencia del 22 de noviembre pasado, por la cual la Corte infirmó la del Tribunal de Bogotá que condenó al doctor Sarmiento al pago de la suma de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos, a título de indemnización de perjuicios, al señor José Restrepo Rivera, derivados del delito de lesiones culposas causadas a éste por aquél en accidente automovilario, y en cambio lo condenó a pagarle al mismo título, los perjuicios derivados del mismo delito “de conformidad —dice textualmente la parte resolutive— con el fallo que ponga fin a la acción que se promueva ante el Juez Civil Competente”.

El abogado doctor Rueda Uribe pide se aclare esta última parte de la mencionada sentencia “en el sentido de que se diga —se transcribe textualmente— que el pago de la indemnización de que allí se habla está subordinado al hecho de que ante la justicia civil se demuestre en primer lugar la existencia de perjuicios y secundariamente su cuantía”; aclaración que es procedente —explica— “porque, como lo reconoce la sentencia, no se demostró dentro del juicio penal la existencia de perjuicios, es decir, el hecho de que el señor Restrepo Rivera los hubiese sufrido, ya de naturaleza material ya de orden moral”; y “precisamente —añade— se tuvo como razón para casar el fallo de instancia en cuanto a perjuicios, el hecho de que el fallador hubiese dado calidad de probanzas legales, sin tenerlas, a las piezas producidas con el propósito de establecer la existencia y la cuantía de los supuestos perjuicios”.

“La aclaración (solicitada) —termina— y que se impone como una consecuencia necesaria de las apreciaciones jurídicas de la Corte, hechas en el fallo, consistiría en agregarle a la parte b) esta frase: “Si ante él se demuestra la existencia de perjuicios”.

La Corte —según la facultad que establece el

artículo 482 del estatuto procesal civil invocado— solo “puede aclarar los conceptos o frases (de la sentencia) que ofrezcan verdadero motivo de duda”; su función en el caso presente, se circunscribe; primero, a examinar la frase considerada oscura o ambigua y decidir si en realidad ofrece verdaderos motivos de duda, y segundo, a examinar y decidir si lo que se pide como aclaración resuelve la duda o es una decisión que excede los límites de la competencia de la Corte.

### a) El motivo de la duda

La Corte, como resultado de la casación infirmó la sentencia del Tribunal de Bogotá, no en cuanto a la pena impuesta (seis meses de prisión) al doctor Sarmiento, sino en cuanto a la condena, a título de indemnización de perjuicios, al pago de la cantidad líquida de catorce mil setecientos setenta y cinco pesos, y, en cambio, “condenó al mismo doctor Sarmiento, y por la misma causa (lesiones culposas), al pago de la indemnización de perjuicios derivados del mencionado delito, de conformidad —se repite— con el fallo que ponga fin a la acción que se promueva ante el Juez Civil competente”.

El solicitante no precisó cuál es la frase o concepto dudoso ni cuál es el verdadero motivo de duda que determinados concepto o frase pudieran tener; el condenar al pago de los perjuicios que se fijan en un futuro fallo, en efecto, no tiene nada de ambiguo, de oscuro, ni de dudoso; antes bien, señala la jurisdicción ante la cual debe acudir para determinar un hecho que, determinado ilegalmente bajo la jurisdicción penal, lo ha de ser —por imperio legal— bajo la civil.

### b) La aclaración solicitada

No existiendo, como no existe, el verdadero motivo de duda, no hay fundamento para aclarar la parte resolutive de la sentencia (ordinal b), con tanta mayor razón cuanto que lo que el solicitante demanda excede de la función de la Corte como Tribunal de casación.

A ella, en el ejercicio de tal función, y de acuerdo con la demanda, solo le competía decidir una cuestión: si las pruebas presentadas y practicadas extemporáneamente, en especial la pericia mediante la cual se concluyó que hubo perjuicios y se fijó su cuantía, podían legalmente tenerse y apre-

ciarse como pruebas, ya que el recurso solo podía afectar ese aspecto de la sentencia, y éste y no otro fue el fundamento del recurso.

Lo que hoy persigue el apoderado del recurrente es que la Corte declare que el pago de los perjuicios que comprende la condena se condiciona a la prueba de que se causaron, como aclaración de la parte dispositiva de la sentencia; pero ello no es función de la Corte, ya que es al Juez Civil a quien, como en toda decisión que finaliza una acción, compete hacer tal declaración, la que, hecha por la Corte, ningún apoyo o refuerzo o fundamento daría, en la acción civil, a la defensa del procesado.

La imputación, finalmente, de que la Corte se equivocó al creer que el recurso se concretaba a obtener una nueva oportunidad para debatir la existencia o cuantía de los perjuicios, tampoco tiene fundamento, pues el apoderado del doctor Sarmiento, —que es un muy connotado penalista— sabe que, cuando por imperio del Derecho Penal Material (Artículo 92) se condena, porque hay que condenar, aunque sea **in genere**, o **en abstracto**, el recurso ante la Corte solo persigue una oportunidad, dentro de las normas legales, para debatir de nuevo tal cuestión, ya que si no fuera así, el mismo recurso carecería de objeto.

#### c) La jurisprudencia

Esta cuestión de la condena en abstracto —tal como aquí se ha planteado— fue ya debatida y resuelta en la Corte, en el recurso contra la sentencia del Tribunal de Buga que condenó al ex-Juez del Circuito de Buga, doctor Jorge Rivera Cabal, procesado por abuso de autoridad, al pago de una multa de diez pesos y de los perjuicios causados por la infracción; conviene, pues, transcribir lo que entonces (febrero 13 de 1947) expuso la Corte:

“El señor Procurador Delegado, doctor Andrés Holguín, quien actuó en esta parte de la segunda instancia en reemplazo del titular, doctor Luis Zafra, quien se declaró impedido, solicita que se confirme la sentencia en cuanto condena al doctor Jorge Rivera Cabal a pagar a favor del Estado una multa de diez pesos (\$ 10.00) por la infracción de que trata el artículo 172 del Código Penal, y que se revoque en cuanto condena al mismo doctor, Rivera Cabal al pago de los perjuicios que haya causado con la infracción”.

“Considera, pues, el señor Procurador Delegado que está establecido y demostrado el hecho punible, pero que no halla probada la existencia de los perjuicios materiales y morales, y que como para que sea procedente una condena de ese con-

tenido se requiere la demostración plena de que los perjuicios se han causado, no habiendo ello ocurrido, no concierne la condena sobre ese particular.

“Y tampoco ella debe modificarse en lo tocante a la indemnización de perjuicios que allí se ordena **in genere**.”

“Todas las medidas de defensa social contra el delito —escribe Ferri— bien sean preventivas, reparatorias, reparadoras o eliminadoras, son de interés público. La obligación del delincuente al resarcimiento del daño —agrega— no es solo de derecho privado, como es la obligación que deriva del incumplimiento de un contrato; sino que esencialmente y siempre es de derecho público.

“El artículo 92 del Código Penal impone la obligación de condenar a los responsables a la indemnización de perjuicios que se hayan causado. Es verdad que la disposición habla de “infracciones de que resulten daños y perjuicios”, pero esto no subordina esa condición al señalamiento de los mismos sino que basta que la infracción sea susceptible o capaz de ocasionarlos. Y aparte de que son realmente excepcionales las infracciones que no ocasionan perjuicio alguno, en este proceso sí hay datos suficientes para concederle a la atribuida al doctor Rivera Cabal capacidad bastante para causar perjuicios.

“El no saberse cuál es el monto de esos perjuicios, por haberse omitido el avalúo pericial, es otra cosa. Por eso la condenación está en abstracto, o sea, que apenas se ha abierto el campo para la acción que corresponda”.

#### d) Decisión de la Corte

De lo anterior derivanse las siguientes conclusiones:

a) Que la parte resolutive de la sentencia no presenta la duda que funda la aplicación del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, y

b) Que la aclaración aquí solicitada es materia de la decisión que ha de dar la justicia civil con fundamento en aquella sentencia.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de hacer la aclaración solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## PRUEBA PERICIAL EN MATERIA PROCESAL PENAL

1.—La errada apreciación de los hechos la deriva el recurrente —como se expuso— de que el Tribunal no tomara como base del fallo el dictamen de los médicos de Anolaima, doctores González y Rivas, que primero examinaron a Torres y le fijaron una incapacidad de ocho días sin lesión ni defecto físico, en vez del dictamen de los médicos de la Oficina Central (hoy Instituto) de Medicina Legal de Bogotá, doctores Uribe Cualla y Vargas Mariño, que lo reconocieron después de los de Anolaima, y le fijaron una incapacidad de diez y seis días, y una perturbación funcional (limitación para los movimientos de marcha) modificable con el tratamiento y el tiempo.

El problema suscitado por el recurrente lo han dilucidado y resuelto ya —como en seguida se explica— la doctrina y la ley. Comporta él dos fases: la una relativa al sistema de designación del perito, y la otra de apreciación del dictamen.

## a) SISTEMA DE DESIGNACION

El sistema de designación del perito se vincula a la esencia y objeto de la función, la cual se concreta —por lo general— a emitir juicios o deducciones de contenido técnico sobre hechos o estados que se relacionan con el objeto del proceso; siendo, pues, de carácter técnico la función, quien la ejerce debe poseer los conocimientos técnicos indispensables que la garanticen, y ello ya constituye una condición: la especialización; así, en caso de prueba de delitos que afecten la vida o la integridad física, se presume la tienen los médicos graduados, llamados peritos médicos, presunción más fuerte aun si son especializados en cualquiera de las disciplinas auxiliares del Derecho Procesal Penal, entre ellas la Medicina Legal, y que bien pueden pertenecer o no a organismos oficiales al servicio de la justicia penal.

Esta clasificación de perito particular y perito oficial, lleva a establecer los dos procedimientos consagrados en las leyes procesales:

el de libre elección y el de obligada elección de peritos oficiales, éste considerado más eficaz por los tratadistas del Derecho Procesal.

La ley procesal vigente (artículos 299 y 302) adopta ambos procedimientos, el último como principal y como subsidiario el primero, y ello significa que, al apreciar sus dictámenes, habrán de aplicar el mismo sistema, no obstante la mayor fe que pueda sugerir el del perito oficial, en consideración a que —de acuerdo con las leyes 53 de 1914, 101 de 1937, 94 de 1940 y 42 de 1945— el servicio médico-legal es servicio público anexo a la justicia penal e integrado por expertos sometidos a sistemas de selección, entre ellos el concurso.

En el caso SUB JUDICE, si los Médicos de la Oficina Central no hubieran rendido —por cualquier causa— dictamen alguno, el fallo se habría basado en el de los médicos no oficiales, pero concurriendo los oficiales y siendo definitivo y no provisional el suyo, su preeminencia es inatacable.

## 2.—b) SISTEMA DE APRECIACION.

El sistema de apreciación de la prueba pericial es —según el artículo 268— el de la libre convicción; y el dictamen, emitirlo uno o más peritos conjuntamente, no es por sí, como lo afirma el recurrente, plena prueba; el Juez o Tribunal —conforme a la prescripción citada— puede acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, con la obligación de fundar con claridad y precisión las razones de su decisión.

3.—La simple lectura de la norma del artículo 308 del C. de P. P. revela, sin ambigüedad alguna, que en la serie de reconocimientos ordenados, el valor de cada uno se va haciendo más firme a medida que las consecuencias de la lesión superan el proceso de reintegración física hasta adquirir un carácter más o menos definitivo, y que bien puede ser el de la incapacidad, el de la enfermedad o el de la perturbación funcional o psíquica, transitoria o permanente; esto implica una deducción: la de que el último

reconocimiento, esto es, el que determina el daño y la duración de modo definitivo, es el que el juzgador toma (o debe tomar) como base de calificación del delito y base de sanción, con mayor razón si contra el dictamen fundado en ese último reconocimiento no se dirigió objeción alguna en el sumario ni en el juicio.

4.—Como lo ha afirmado la Corte, “el reconocimiento principal y más valioso no es el que se da a raíz de producida la lesión, cuando en realidad la fijación del tiempo que haya de tener la incapacidad constituye una simple probabilidad, sino el que, cuando por consecuencia de la sanificación (o resultado) y habiendo seguido el curso de la enfermedad, se emite como definitivo sobre apreciaciones precisas y directas”.

5.—La inobservancia del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, no está erigida —como lo afirma el recurrente— en causal de nulidad; tanto es así que si, como sucedió en este proceso, el Juez no puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial para que durante el término (cinco días) allí fijado, pudieran ellas pedir se ampliara, explicara o aclarara, les quedaba el derecho, éste sí importante, de objetar tal dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el que el recurrente anota, el de error grave.

La ley (artículos 266 y 267) da a las partes dos oportunidades para objetar el dictamen pericial: una, para pedir explicación, aclaración y ampliación solamente, dentro de los cinco días siguientes al en que el Juez las puso en conocimiento del dictamen, y la otra en cualquier tiempo antes de entrar el proceso al despacho para sentencia, para objetarlo a fondo (por error grave, fuerza, cohecho, dolo o seducción).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintitrés de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Hernando González Higuera, hijo éste de Teresa González, nacido y domiciliado en Anolaima, de veinticinco años de edad en la época

en que cometió el delito, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que le impuso a González —con base en los artículos 28 y 374 del Código Penal— la pena de ocho meses de presidio, por las lesiones que, mediante arma de fuego de calibre pequeño, causó al sexagenario José Desposorio Torres, en la mañana del ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, en la plaza de la mencionada población de Anolaima.

El procesado otorgó poder especial al doctor Jorge Uribe Márquez —que fue su defensor sustituto en el segundo grado del juicio— para que interpusiera los recursos que creyera convenientes, y así en ejercicio de este último cargo, formuló la demanda —en la que invoca las causales segunda, cuarta y quinta de casación— que la Corte estudia en este fallo.

El Procurador Delegado rechaza, a su vez, las objeciones del recurrente, y con razones que posteriormente se resumen, se opone a que se case la sentencia.

Previamente, y como punto de partida del estudio, se hace una breve síntesis de los antecedentes, modalidades y motivos del delito, de los actos y providencias del proceso que conciernen al recurso, y de las tesis que las partes expusieron.

#### I — El delito

El motivo que impulsó a Hernando González a disparar su revólver contra José Desposorio Torres fue el encuentro entre éste y Manuel Vicente González (su hermano, entonces Juez Municipal) cuando Torres, con legítimo derecho y en un acto de justo dolor, reprochó al ex-Juez González la entrada clandestina a su casa, de noche, cuando Torres se ausentaba de la población. El mencionado Juez González, según el proceso, era el amante de Enriqueta Torres, hija de José Desposorio, y en otras ocasiones éste se había quejado inútilmente ante la autoridad contra aquél por su persecución a la hija.

Torres, en la mañana del citado ocho de diciembre, según propia confesión, al encontrarse en la plaza con José Vicente, le dirigió ofensas —que éste consideró graves— e hizo acto de atacarlo con una maceta de hierro que sacó del bolsillo; Hernando González, al acercarse y querer intervenir en favor de su hermano fue también injuriado, y entonces disparó su revólver contra Torres, afectándole el proyectil la superficie ósea del platillo tibial, lo que le produjo incapacidad para trabajar durante diez y seis días y una perturbación fun-

cional transitoria (limitación de los movimientos de marcha), certificada por los Médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá.

### III — El proceso

Correspondió al Juez 2º Penal del Circuito de Facativá fallar este proceso en primer grado, el veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, iniciado precisamente seis años antes en la Alcaldía Municipal de Anolaima, esto es, el nueve de diciembre de mil novecientos treinta y nueve; de este proceso se extractan los actos que tienen vinculación con los temas que el recurrente presenta a la Corte.

Entre los actos a los cuales acaba de hacerse referencia se mencionan los siguientes:

a) El primer reconocimiento del herido Torres, practicado por los Médicos de Anolaima doctores Pedro M. González y Luis Rivas, el nueve y once de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, según el cual le hallaron una herida de medio centímetro de longitud causada con un proyectil calibre 32 corto, situada en la cara interna de la rodilla del miembro inferior derecho, el que se localizó en el músculo interno de la tibia, y que le fue extraído; le fijaron una incapacidad de ocho días, sin lesión ni defecto físico;

b) El segundo reconocimiento, practicado por los mismos médicos dos días después, en el que ratifican la incapacidad fijada en el primer dictamen, y **“conceptúan que el tercer y último reconocimiento (subraya la Corte) debe hacerse en la Oficina Central de Medicina Legal”;**

c) El primer reconocimiento hecho por los médicos de aquella oficina doctores Uribe Cualla y Vargas Mariño el doce de diciembre, según el cual Torres **“presenta en la cara interna de la pierna derecha, una herida circular, de cinco centímetros, de bordes regulares, con zona de contusión y que corresponde al orificio de entrada de un proyectil de arma de fuego de pequeño calibre, el cual chocó contra la superficie ósea del platillo tibial y se dirigió hacia abajo y hacia atrás; en la cara posterior de la pierna, tercio medio, tiene una herida quirúrgica de dos y medio centímetros, por donde fue extraído el proyectil. Lo incapacitan para trabajar por diez y seis días, sometido a un tratamiento adecuado, sin complicaciones y contados desde el ocho del presente”;**

d) El segundo reconocimiento, practicado el veintisiete de diciembre (diez y nueve días contados desde el día del delito), según el cual **“Torres sufrió, en definitiva, diez y seis días de inca-**

**pacidad para trabajar, y le queda (subraya la Corte) una limitación para los movimientos de marcha, lo cual constituye una perturbación funcional, modificable con el tratamiento y con el tiempo”;** y

e) El último reconocimiento practicado por los mismos médicos el veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta, según el cual **“la perturbación funcional que presentaba (el herido) había desaparecido”.**

Sobre dos hechos —que Juez y Tribunal consideraron probados (la provocación grave e injusta y la perturbación funcional transitoria)— dictaron sus fallos de primero y segundo grado, respectivamente, no sin discrepar en cuanto a circunstancias de peligrosidad y, por consiguiente, a la determinación de la pena; tales fallos, en resumen, dispusieron lo siguiente:

a) El de primer grado, del veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, con base en los artículos 28, 37 (numerales 1º, 6º y 7º) y 374 (inciso 1º), que impuso al procesado las penas principales de dos años y un mes de presidio y doscientos cinco pesos de multa, y

b) El de segundo grado, del veintinueve de abril del año pasado, por el cual —descartando las circunstancias de mayor peligrosidad— redujo las penas principales a ocho meses de presidio y sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos de multa.

### III — La demanda

Tres objeciones hace el demandante a la sentencia del Tribunal, que presenta como fundamentos de las causales segunda, cuarta y quinta de casación y que a continuación se resumen.

#### a) Causal segunda

Hay una errada apreciación de los hechos —dice— por cuanto se dio al dictamen pericial de los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá un valor probatorio que no tiene, pues se le dio —opuestamente al artículo 268— valor de plena prueba, y, en cambio, se desconoció el de los doctores Rivas y González, quitándole el valor probatorio que tiene a pesar de estar debidamente acreditado en el proceso; observa, además, el demandante, que de ninguno de los dictámenes se dio traslado a las partes, y que la incapacidad (diez y seis días) que le fijaron los médicos de la Oficina de Bogotá no se acomoda a la verdad, ya que —según los testimonios presentados a la Corte— Torres antes de aquel término estaba completamente restablecido.

**b) Causal cuarta**

Relacionando esta causal con la segunda, razón más o menos el recurrente en estos términos: si el dictamen pericial en que se basó la sentencia no tiene valor porque no se sometió al requisito del artículo 266, esto es, está viciado de nulidad, lo que se hizo posteriormente al dictamen tiene el mismo vicio.

**c) Causal quinta**

De la sola lectura de la sentencia recurrida deduce el demandante que en ella no se expresan en forma alguna, menos clara y terminantemente, cuáles son los hechos que se consideran probados, y entre los fundamentos de esta causal incluye la confusión en que el Tribunal incurrió al confundir la limitación con la perturbación funcional, y tratándose de aquella y no de ésta, la norma aplicable no es el artículo 374, sino el 372, del Código Penal.

**IV — Concepto del Procurador**

El Procurador Delegado en lo Penal se opone a que se case la sentencia, lo que funda en las siguientes razones, que la Corte resume en relación con cada una de las causales invocadas.

**a) Causal segunda**

Partiendo de la prescripción del artículo 308, según el cual en caso de lesiones deben practicarse, por lo menos tres reconocimientos médicos "para que se determine la naturaleza de las lesiones, su extensión y demás circunstancias peculiares, el arma o instrumento con que fueron causadas y los efectos que produzcan", deduce el Procurador que siendo los dos primeros reconocimientos (los hechos por los médicos de Anolaima) apenas provisionales, lo que éstos aceptaron al conceptualizar que el tercero y último debía ser practicado por los Médicos Legistas de la Oficina Central, obraron bien los sentenciadores al acoger el dictamen de los médicos legistas en cambio del rendido por los facultativos de Anolaima; si aquéllos fijaron una incapacidad mayor de la señalada por éstos y, además, una perturbación funcional que los primeros peritos no observaron, quiere decir que el dictamen de la Oficina Central fue más minucioso y más acorde con la verdad.

**b) Causal cuarta**

Acepta el Procurador la tesis de que la omisión relativa al traslado del dictamen a las partes, obligatorio según el artículo 266, constituye una irregu-

laridad, pero ella no alcanza a infirmar la prueba, porque —explica— el objeto de ese conocimiento es el de que los interesados puedan hacer valer el derecho que tienen de pedir que el perito amplíe el dictamen, lo explique o lo aclare (artículo 266), derecho que en todo momento tuvieron el procesado y su defensor", como se deduce de todas las providencias dictadas en el proceso, con base en el dictamen objetado, providencias que fueron notificadas personalmente al procesado y a su defensor sin que ellos hicieran la menor objeción a la prueba pericial; de modo que —concluye el Procurador— si no ejercitó (la defensa) el derecho que consagra el artículo 266 de la ley 94 de 1938, fue porque no lo estimó necesario o conveniente a sus intereses, o porque creyó fundadamente que dicha prueba era clara, firme y concluyente respecto de la objetividad del delito".

**c) Causal quinta**

"La sentencia está bien redactada —dice el Procurador al contestar esta parte de la demanda— con los requisitos de fondo y de forma que exige la ley. En ella se hace un relato de los hechos punibles y se analiza lo referente al cuerpo del delito y a la responsabilidad indicando las pruebas respectivas, lo mismo que la disposición penal aplicable al caso y su adaptación al delincuente"; en cuanto a la confusión entre limitación y perturbación, declara que no tiene fundamento alguno, ya que fueron "los técnicos en medicina legal quienes califican de "perturbación funcional" a la secuela de la lesión inferida a la víctima".

**V — Estudio del recurso**

Separadamente, y en el orden en que fueron presentadas, la Corte estudia en seguida las objeciones hechas a la sentencia con base en las causales segunda, cuarta y quinta, con excepción de la relativa a la aplicación del artículo 374 en vez del 372, ya que éste es tema de la primera, que no fue propuesta ni alegada.

**a) La errada apreciación de los hechos**

La errada apreciación de los hechos la deriva —como se expuso— de que el Tribunal no tomara como base del fallo el dictamen de los médicos de Anolaima, doctores González y Rivas, que primero examinaron a Torres y le fijaron una incapacidad de ocho días sin lesión ni defecto físico, en vez del dictamen de los médicos de la Oficina Central (hoy Instituto) de Medicina Legal de Bogotá, doctores

Uribe Cualla y Vargas Mariño, que lo reconocieron después de los de Anolaima, y le fijaron una incapacidad de diez y seis días y una perturbación funcional (limitación para los movimientos de marcha) modificable con el tratamiento y el tiempo.

El problema suscitado por el recurrente lo han dilucidado y resuelto ya —como en seguida se explica— la doctrina y la ley. Comporta, él dos fases: la una relativa al sistema de designación del perito, y la otra al sistema de apreciación del dictamen.

#### a) Sistema de designación

El sistema de designación del perito se vincula a la esencia y objeto de su función, la cual se concreta, por lo general, a emitir juicios o deducciones de contenido técnico sobre hechos o estados que se relacionan con el objeto del proceso; siendo, pues, de carácter técnico la función, quien la ejerce debe poseer los conocimientos técnicos indispensables que la garanticen, y ello ya constituye una condición: la especialización; así, en caso de prueba de delitos que afecten la vida o la integridad física, se presume la tienen los médicos graduados, llamados peritos médicos, presunción más fuerte aún sin son especializados en cualquiera de las disciplinas auxiliares del Derecho Procesal Penal, entre ellas la Medicina Legal, y que bien pueden pertenecer o no a organismos oficiales al servicio de la justicia penal.

Esta clasificación de perito particular y perito oficial, lleva a establecer los dos procedimientos consagrados, en las leyes procesales: el de libre elección y el de obligada elección de peritos oficiales, éste considerado más eficaz por los tratadistas del Derecho Procesal.

La ley procesal vigente (artículos 299 y 302) adopta ambos procedimientos, el último como principal y como subsidiario el primero, y ello significa que, al apreciar sus dictámenes, habrá de aplicar el mismo sistema, no obstante la mayor fe que pueda sugerir el del perito oficial, en consideración a que —de acuerdo con las leyes 53 de 1914, 101 de 1937, 94 de 1940 y 42 de 1945— el servicio médico-legal es servicio público anexo a la justicia penal e integrado por expertos sometidos a sistemas de selección, entre ellos el concurso.

En el caso **sub judice**, si los Médicos de la Oficina Central no hubieran rendido, por cualquier causa, dictamen alguno, el fallo se habría basado en el de los médicos no oficiales, pero concurren-

do los oficiales y siendo definitivo y no provisional el suyo, su preeminencia es inatacable.

#### b) Sistema de apreciación

El sistema de apreciación de la prueba pericial, es, según el artículo 268, el de la libre convicción; y el dictamen, emitirlo uno o más peritos conjuntamente, no es por sí, como lo afirma el recurrente, plena prueba; el Juez o Tribunal —conforme a la prescripción citada— puede acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, con la obligación de fundar con claridad y precisión las razones de su decisión.

#### c) Aplicación al delito de lesiones

Siendo la incapacidad o enfermedad y la perturbación funcional o psíquica, elementos del delito, y siendo también estados patológicos cuya duración determina la sanción, es el examen médico, sucesiva y periódicamente practicado mientras no haya terminado el proceso curativo, lo que constituye la pericia.

“Se practicarán por lo menos tres reconocimientos médicos —prescribe el artículo 308— para que se determine con precisión la naturaleza de las lesiones, su extensión, dirección y demás circunstancias peculiares, el arma o instrumento con que fueron causadas y los efectos que produzcan, teniendo en cuenta lo dispuesto en el capítulo II del Título XV del Código Penal”.

“Estos reconocimientos —añade la norma— serán practicados, cada veinticuatro horas, si la lesión fuere grave, y cada tres días, si fuere leve”.

La simple lectura de la norma revela, sin ambigüedad alguna, que en la serie de reconocimientos ordenados, el valor de cada uno se va haciendo más firme a medida que las consecuencias de la lesión superan el proceso de reintegración física hasta adquirir un carácter más o menos definitivo, y que bien puede ser el de la incapacidad, el de la enfermedad o el de la perturbación funcional o psíquica, transitoria o permanente; esto implica una deducción: la de que el último reconocimiento, esto es, el que determina el daño y su duración de modo definitivo, es el que el juzgador toma (o debe tomar) como base de calificación del delito y base de sanción, con mayor razón si contra el dictamen fundado en ese último reconocimiento no se dirigió objeción alguna en el sumario ni en el juicio.

Es muy cierta la tesis de que entre los prime-

ros reconocimientos y los últimos pueda existir una aparente contradicción, porque —como en el caso en estudio— en éstos se precisa más de una consecuencia (incapacidad de diez y seis días y perturbación funcional transitoria) y en aquéllos una mera incapacidad de ocho días sin consecuencias; pero ello no funda ninguna objeción a la sentencia, ya que —como lo ha afirmado la Corte— “el reconocimiento principal y más valioso no es el que se da a raíz de producida la lesión, cuando en realidad la fijación del tiempo que haya de tener la incapacidad constituye una simple probabilidad, sino el que, cuando por consecuencia de la sanificación (o resultado) y habiendo seguido el curso de la enfermedad, se emite como definitivo sobre apreciaciones precisas y directas”.

La tesis del profesor Uribe Cualla, transcrita por el recurrente, puede ser cierta, mas solamente —como lo explica— para lesiones que afectaren el espesor de la piel, el tejido celular subcutáneo y algunas fibras musculares, mas no para aquellas que, como la causada a Torres, afectó la tibia y la masa muscular de la pierna (parte importante del órgano de la locomoción) de una persona cuya capacidad física, por la edad, no es igual a la del joven o adulto.

En relación con el problema de la incapacidad, el mismo profesor expone lo siguiente:

“Se entiende por **incapacidad provisional** aquella que fija un perito cuando practica el primer reconocimiento a un herido, y corresponde el nombre de **incapacidad definitiva** a la que se fija una vez que las heridas se han reparado y por tanto se le hace al agredido el último examen”.

Luégo, en la misma obra, explica estos conceptos en la forma siguiente:

“Generalmente la incapacidad provisional fijada viene a ser la definitiva, cuando se confirma en la última diligencia, después de haber seguido el curso de la herida y su tratamiento; mas en veces puede suceder que tenga que aumentarse o disminuirse la incapacidad, y entonces deben darse las razones científicas que hayan existido para que el perito haga estas modificaciones”. Más adelante añade: “Deben tener presente las autoridades que la incapacidad definitiva nunca puede fijarse sino hasta tanto que las heridas hayan cicatrizado, pues precisamente el objeto de la ley, al ordenar la práctica de varios reconocimientos, es el poder observar el curso que sigan las lesiones, si toman una evolución normal o se complican, y por consiguiente, si la duración de la inca-

pacidad coincide con la fijada provisionalmente, o es susceptible de modificaciones”.

“Finalmente, al estudiar la noción de defecto funcional, asevera el mismo profesor que “en Medicina Legal el defecto funcional se refiere a la limitación o supresión de una función”, lo que excluye la posibilidad de aceptar la tesis del recurrente de que el Tribunal confundió la limitación con la perturbación funcional ya que la limitación de la función —según el nombrado expositor— se identifica precisamente con la perturbación de la misma.

Lo expuesto hasta aquí confirma la tesis de que el Tribunal, al fundar su fallo sobre el dictamen de los Médicos Oficiales, no incurrió en la errada apreciación que le atribuyó el recurrente.

#### b) La nulidad

La inobservancia del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, no está erigida —como lo afirma el recurrente— en causal de nulidad; tanto es así que si, como sucedió en este proceso, el Juez no puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial para que durante el término (cinco días) allí fijado, pudieran ellas pedir se ampliara, explicara o aclarara, les quedaba el derecho, este si importante, de objetar tal dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el que el recurrente anota, el de error grave.

La ley (artículos 266 y 267) da a las partes dos oportunidades para objetar el dictamen pericial: una, para pedir explicación, aclaración y ampliación solamente, dentro de los cinco días siguientes al en que el Juez las puso en conocimiento del dictamen, y la otra en cualquier tiempo antes de entrar el proceso al despacho para sentencia, para objetarlo a fondo (por error grave, fuerza, cohecho, dolo, o seducción).

Los interesados —defensor y procesado— no se pronunciaron contra la omisión del Juez relativa a la prescripción del artículo 266, pero tampoco hicieron uso del derecho que el artículo 267 les confería; esto es, no pidieron explicación, aclaración ni ampliación del dictamen, ni lo objetaron en ningún momento del proceso, y, lo que es sugestivo, tampoco se interesó el procesado porque el médico doctor Rivas, que atendía al lesionado, rindiera el testimonio por él (González) solicitado veinte días después del delito para que conceptuara si la quietud que guardaba Torres tal día “le era perjudicial y debía procurar andar para

evitar que los tendones u órganos afectados sufrieran alguna lesión grave más tarde".

No estando incorporada la inobservancia del artículo 266 entre los motivos de nulidad, la causal invocada no prospera.

#### c) Omisión de los hechos probados

El recurrente se limitó, como ya se expuso, a invocar la causal quinta tal como la enuncia el Código; es decir, que en la sentencia no se expresaron clara y terminantemente cuáles fueron los hechos probados, sin que —de conformidad con el mandato legal (artículos 7º C. P. P. y 531 C. P. C.)— la hubiera fundado.

La sentencia, en cuanto a su forma y contenido, se conforma a la ley (artículo 159 C. P. P.) en sus dos fases principales: respecto al delito, se declara que se ejecutó un hecho, que ese hecho es delito; y respecto a la imputabilidad, que fue González el actor, también el responsable penalmente, y en cuanto a la pena, se le fijó la que corresponde a la infracción y a la peligrosidad del procesado; la objeción es, pues, infundada.

#### VI — Decisión del recurso

De las anteriores consideraciones relativas a las tesis propuestas en la demanda, se sacan estas conclusiones:

a) El Tribunal no incurrió en error de apreciación de hechos al darle mayor valor al dictamen

de los peritos oficiales que practicaron el último reconocimiento, en oposición al de los no oficiales que lo reconocieron en los días anteriores e inmediatos al delito;

b) La inobservancia del artículo 366 del estatuto procesal penal, que ordena poner el dictamen en conocimiento de las partes, no está erigida en causal de nulidad;

c) La sentencia expresa, en forma clara, terminante, los hechos que el Tribunal consideró probados, y,

d) Las causales de casación invocadas no fueron fundadas, por lo tanto.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, **NO INVALIDA** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del 29 de abril del año pasado, por la cual condenó a Hernando González a la pena principal de ocho meses de presidio, por las lesiones causadas a José Desposorio Torres el ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve en la población de Anolaima.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jorge Gutiérrez Gómez, Conjuez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## AUTOS INTERLOCUTORIOS. — NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO.

(Auto dictado en el juicio breve y sumario relacionado con el aviso de la Texas Petroleum Co., para explorar y explotar petróleo de propiedad privada en Pipini, Tolima).

Tanto los autos que decretan pruebas como los que las niegan son interlocutorios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Habiendo interpuesto el señor Procurador Delegado en lo Civil recurso de súplica contra el auto de fecha 19 de septiembre último, y después de concedido por el sustanciador del proceso, H. Magistrado doctor Víctor Cock, se han cumplido los trámites de rigor, por lo que va a resolverse en definitiva, mediante las consideraciones que a continuación se consignan.

En primer término habrá de expresarse que el auto por medio del cual se decretó la prueba pericial objeto del recurso, tiene el carácter de interlocutorio. Así lo resolvió la Sala en un negocio similar, de fecha reciente, por lo que basta reproducir a continuación la doctrina expuesta sobre el particular:

“De acuerdo con la disposición del artículo 466 del Código 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. Advirtió que tal enumeración “no tiene el carácter de limitativa, de suerte que —agrega— corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogía, deben calificarse como interlocutorios”.

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 Tri-

bunales de nuestro país, aun cuando 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.

Al atribuirles 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 este: LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS. A ese 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 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 Código 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, aun cuando 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 Código 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) Aun cuando 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 se 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 no 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 reso-

lución 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 día 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 (artículos 618 y 628 del C. Judicial).

Explicase así que la resolución sobre práctica 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 estos 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".

Dada, pues, la naturaleza interlocutoria de la pro-

videncia reclamada, cabe contra ella el remedio de la súplica, y de ahí que la Corte se ocupe en seguida de resolver el fondo de la cuestión propuesta por el señor representante legal del Estado.

Observa éste que se ha decretado una prueba pericial con el objeto de que se dictamine por expertos —entre otras cuestiones— la contenida en el punto 2º, que textualmente dice:

"2º—Si las tierras del predio de Pipini, están comprendidas por predios que fueron objeto de explotación económica, en alguna época anterior al año de 1821, o hacen parte de ellos; tomando en consideración, para este estudio, los documentos presentados con el aviso. Los señores peritos se servirán concretar en qué consisten los actos de explotación económica a que se hace referencia".

Ahora bien, en concepto de la Procuraduría los peritos ingenieros no podrían pronunciarse sobre el indicado punto ya que simplemente se trata de examinar los documentos del proceso para deducir determinadas consecuencias —la explotación económica del fundo anterior a 1821— lo que entraña una labor que corresponde a la Corte y no a los peritos. Como consecuencia, impugna la procedencia y eficacia de la prueba, solicitando la reforma del auto que la decretó.

De conformidad con el artículo 596 del Código Judicial las pruebas deben referirse a los hechos o actos materia de la decisión, requisito que se cumple en el presente caso, pues la demostración de que en los terrenos del avispa ha existido desde cierta época una explotación económica puede ser objeto de consideración en el fallo.

La admisibilidad de la prueba depende en un todo de su conducencia y de su eficacia legal, pues la norma en cita de modo perentorio establece que no son admisibles las que fueren inconducentes y las legalmente ineficaces. Estas últimas son aquellas que la ley no permite aducir, bien porque lo haya prohibido expresamente, como ocurre con la testimonial en las obligaciones sobre entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos (artículo 1767 del C. C. y ley 153 de 1887, artículos 91 y 92); o porque se hubiere instituido un medio específico de prueba para acreditar determinado acto —formalidades *ad solemnitatem*— caso en el cual resulta inadmisibles otro medio distinto.

La conducencia resulta de la concordancia en-

tre el hecho que debe acreditarse y el medio específico aducido con este fin; de suerte que si aparece *prima facie* que no hay la posibilidad de que un hecho o acto jurídico dado sea demostrable mediante la prueba escogida, puede el Juez abstenerse de decretarla. Pero, por regla general, la conducencia es cuestión que debe reservarse para el examen general de las pruebas en el momento en que va a dictarse la sentencia, pues es sólo en esta oportunidad cuando el juzgador está en capacidad de relacionar los diferentes elementos de demostración que deben conducirlos al descubrimiento de la verdad procesal. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte en perfecto acuerdo con la doctrina del derecho probatorio.

En el caso de autos, el estudio de la conducen-

cia respecto a la prueba objeto de las observaciones de la Procuraduría y de su utilidad para comprobar la explotación del terreno avisado bien puede aplazarse para la oportunidad indicada sin perjuicio de los intereses de las partes.

Y en virtud de estas consideraciones la Sala que decide del recurso no encuentra motivos para modificar la providencia del sustanciador y por eso resuelve mantenerla en todas sus partes.

Notifíquese.

**Germán Alvarado.** — **Aníbal Cardoso Gaitán.** — **Ramón Miranda.** — **Eleuterio Serna R.** — **Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario en propiedad.

**ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PRESUNCION DE CULPABILIDAD. — COMPENSACION DE CULPAS**

1.—Sabido es que la ley establece una presunción de culpabilidad a cargo de quien ejerce una actividad peligrosa, y que esa presunción se desvirtúa mediante la comprobación de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima.

2.—Las condenas con rebaja o disminución en el monto de la indemnización debida, solo pueden hacerse cuando existe concurrencia de culpa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Lucila Cano v. de Osorno demandó al Departamento de Antioquia (ferrocarril) a fin de que se le ordenara pagar a la demandante la suma de diez mil pesos por concepto de la muerte de su marido Pedro A. Osorno sucedida mientras estaba al servicio del Ferrocarril de Antioquia, o la suma que señalaran los peritos, más los intereses legales. Fundó su pretensión la demandante en que el nombrado Osorno prestó sus servicios al Ferrocarril de Antioquia por un lapso de cerca de doce años, primeramente como frenero, luego como bulteador (sic), y por último como frenero nuevamente, sirviendo siempre en la primera división, o sea en la línea de Medellín a Puerto Berrío. En el desempeño de su oficio sufrió Osorno un accidente que le costó la vida, sin la menor imprudencia o descuido de su parte. El hecho sucedió el 18 de junio de 1944, en la estación de Pavas.

El libelo llegó acompañado de las partidas de origen eclesiástico que acreditan el nacimiento de Osorno y su matrimonio con la demandante, y la de origen notarial sobre defunción de Osorno; copia del auto proferido por el Juzgado 1º Civil del Circuito, por el cual “se declara heredera, sin perjuicio de terceros”, a la señora Cano v. de Osorno, y el certificado del Jefe de Asuntos Sociales del Ferrocarril que acredita que Osorno trabajó al servicio de la empresa hasta su muerte y hace una relación detallada de todos los sueldos que devengó en el desempeño de sus funciones.

El Tribunal de Medellín, en fallo de cuya apela-

ción conoce la Corte ahora, absolvió a la entidad demandada negando las declaraciones que la actora solicitó.

La providencia del Tribunal resume así los hechos que dieron origen a esta demanda: “El 18 de junio de 1944, al salir el tren de la estación de Monos hacia Pavas el maquinista Ramón Ramírez, y Osorno (frenero) convinieron en que al empezar la subida de la pendiente de Pavas, en el punto llamado “Curva de Zacatín”, se dejarían dos carros; y el resto de las unidades seguiría hacia Pavas, y que el desenganche de tales carros lo haría Osorno. Al llegar el tren al punto convenido, hallándose en marcha, Osorno procedió a zafar la manguera, y luego de quitar el pasador que unía el tren en marcha con los carros traseros. Osorno cayó simultáneamente con la maniobra de desenganche y fue arrollado por los últimos carros que por el impulso adquirido continuaron rodando. Cada uno de éstos traía un frenero, encargado de obrar los frenos a fin de detener su marcha pero en aquella oportunidad esto no evitó el accidente porque la caída fue simultánea al desenganche. A sus declaraciones unieron los testigos declaraciones en cuanto a la imprudencia, que según ellos, cometió Osorno al emprender una maniobra peligrosa, que ellos mismos describen. Pero explican, no la vieron directamente, sino que tan solo se la figuran teniendo en cuenta la forma en que quedó el cadáver del frenero. Juan de la C. Restrepo es el único que afirma como testigo ocular directo, la naturaleza de la maniobra que llevó a cabo Osorno, y su imprudencia al hacerla”. La sentencia del Tribunal observa también que se halla en los autos el “reglamento general de la sección de transportes”, con la constancia de su vigencia y que en su artículo 17 dice: “MANIOBRAS VOLANTES... Queda prohibida esta maniobra la cual consiste en que la locomotora arrastre un vehículo o conte (sic) de vehículos que se desengancha de aquélla, estando en movimiento y poco antes de llegar a las agujas, para que los vehículos que la siguen, debido al impulso adquirido tomen otra vía...”. Igualmente se examinan en la providencia apelada diversos testimonios que comprueban la veracidad de los hechos relatados y concluye afirmando que la empresa demandada pudo demostrar dentro del curso del proceso la culpa de la víctima, ya que Osorno, de acuerdo con el ma-

quinista del convoy, convino en ejecutar una maniobra peligrosa y arriesgada, consistente en el desenganche de algunos carros cuando el tren estaba en movimiento violando así, flagrantemente, un reglamento que ha de suponerse suficientemente conocido por la víctima.

La situación del juicio no se ha modificado en esta segunda instancia. La parte demandante no pidió pruebas, ni constituyó apoderado ante la Corte. Ante el mismo Tribunal, el apoderado de la señora Osorno presentó un memorial dirigido a la Corte, en el que impugna la sentencia de primera instancia diciendo que el Tribunal no aplicó las doctrinas de la Corte sobre transportes y que aun "en caso de que la víctima se exponga imprudentemente —y sigo sosteniendo que Osorno no se expuso— el Código Civil colombiano (artículo 2317) y las doctrinas en general sostienen que el lesionado siempre tiene derecho a ser indemnizado por más que, en tal caso, exista una rebaja o disminución. Por tanto y aun aceptando en gracia de discusión que Osorno se hubiera expuesto, siempre tenía derecho, y en esa eventualidad el H. Tribunal también ha debido reconocer lo correspondiente para que de ese modo la justicia no hubiera sido lesionada. Pero, lo repito, sigo sosteniendo que en el caso de Osorno por estar sometido a ejercer una actividad de suyo peligrosa, la presunción está de su parte y por consiguiente la empresa en que laboraba debe indemnizarle en su totalidad esto es, sin ninguna deducción. Y si al hecho de que estaba en contacto con una actividad de suyo peligrosa se agrega, y esto sí lo admite expresamente el H. Tribunal, que, en el momento del siniestro, la ejercía por orden de su inmediato superior, entonces la claridad del asunto aparece ya de una manera inconfundible. Es cierto que el Tribunal al hablar de esta orden la denomina "convenio" o algo por el estilo entre Osorno y su superior, el maquinista....".

Puede decirse que son dos los argumentos que presenta el señor apoderado, a saber: a) Que por estar ejerciendo Osorno una actividad peligrosa la presunción está de parte suya y por tanto debe indemnizarse a sus representantes; y que en casos como el que se estudia, "aunque la víctima se exponga imprudentemente" ha de ordenarse la indemnización con una "rebaja o disminución"; y b) Que Osorno obró en cumplimiento de una orden recibida de su superior, el maquinista.

Sabido es que la ley establece una presunción de culpabilidad a cargo de quien ejerce una actividad

peligrosa, y que esa presunción se desvirtúa mediante la comprobación de fuerza mayor, caso fortuito, o culpa de la víctima. Y no cabe duda que en el accidente en que perdió la vida Osorno hubo culpa notoria de su parte al ejecutar una maniobra peligrosa y arriesgada que estaba prohibida en los reglamentos de la empresa. La víctima de este accidente es precisamente la persona que ejercía una actividad peligrosa contrariando los reglamentos, y la notoria imprudencia con que obró —la que es observada por sus propios compañeros de trabajo— fue la causa de su muerte y la culpa ha de imputarse consecucionalmente al mismo Osorno.

La pretensión del apelante de que se revoque el fallo del Tribunal, haciendo la condena que pide con una rebaja o disminución, tampoco puede prosperar. Esa clase de condenas pueden hacerse sólo cuando existe concurrencia de culpa; y en el caso de autos no puede decirse que la empresa del Ferrocarril de Antioquia la tiene en el suceso cuando ella ha prohibido expresamente en sus reglamentos la maniobra que imprudentemente ejecutó la víctima, que debía conocerlos y que estaba obligado a respetarlos y cumplirlos.

Finalmente, el apelante se funda en que Osorno ejercía una actividad peligrosa por orden de su inmediato superior, el maquinista. Esta afirmación no tiene ningún apoyo en el proceso, y por el contrario, debe observarse que casi todos los declarantes afirman que existió un convenio entre la víctima y el maquinista para ejecutar la maniobra prohibida en el sitio del accidente. Y en el supuesto de que la orden hubiera sido dada ella no puede asimilarse a un mandato militar que dado por "el superior exime de responsabilidad a que la ejecuta".

Queda en la forma anterior demostrado que no tiene base en el proceso, ni jurídicamente, las observaciones que el apelante hace al fallo de primera instancia, y por tanto, debe confirmarse éste en todas sus partes.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION PETITORIA DE DOMINIO DE UNAS TIERRAS. — DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

Como lo ha dicho la Corte en otros casos, no es lo mismo la PRESCRIPCION que la CADUCIDAD, pues en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda. El artículo 5º de la Ley 160 de 1936 prevé un caso de caducidad y no de prescripción, y por lo tanto la presentación de la demanda evitó que se produjera la caducidad contemplada por aquella disposición legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Santa Marta falló en primera instancia el juicio seguido por Víctor M. Royero contra la Nación y la Compañía de Petróleo La Perla de Colombia, así:

“1º—Declárase:

“a) Que pertenecen a la comunidad demandante, de la cual forma parte el doctor Víctor M. Royero, los terrenos denominados ‘Santa Cruz de los Chimilas y Animas’ y ‘Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani’, terrenos, cuya situación, extensión y linderos, aparecen señalados en el hecho primero del libelo de demanda;

“b) Que la propiedad de los Comuneros, entre los cuales se encuentra el doctor Royero, comprende el suelo y el subsuelo, así como el petróleo y demás hidrocarburos que existan en el terreno de que se trata; y

“c) Que la Compañía de Petróleo La Perla de Colombia S. A. carece de derecho para explorar y explotar los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentran dentro del terreno de propiedad privada determinados (sic) en el hecho primero de la demanda.

“2º—No hay lugar a hacer la declaración solicitada en la petición cuarta del libelo de demanda”.

De la sentencia cuya parte resolutive se ha copiado apelaron ante la Corte Suprema de Justicia

el Fiscal del Tribunal y el apoderado de la Compañía de Petróleo demandada.

El trámite en esta Sala se surtió legalmente y durante él se produjeron pruebas a solicitud del apoderado de la Compañía mencionada, y se recibieron alegatos del señor Procurador Delegado en lo Civil, del abogado representante de la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia y de los apoderados del demandante y del coadyuvante.

Ha llegado la oportunidad de ponerle término a la instancia.

### La demanda

“Fue propuesta, como ya se anotó, por el doctor Víctor M. Royero en su calidad de condueño de las tierras conocidas con los nombres de ‘Santa Cruz de las Chimilas y Animas’ y ‘Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani’, ubicadas en el Corregimiento de San Angel, Municipio de Plato, Departamento del Magdalena, y se fundó entre otros, en los siguientes hechos:

“1º—Las tierras denominadas ‘Santa Cruz de los Chimilas’ y ‘Animas’ fueron cedidas por su Majestad Real, a título de venta, el 6 de mayor (sic) de 1872, a Don Nicolás Martínez y sus herederos y las tierras denominadas ‘Sabanas de San Angel’ y ‘Playones de Ariguani’ fueron cedidas por su Majestad Real, a título de venta, al mismo Don Nicolás Martínez y a sus herederos, el día 24 de mayo de 1783. Todo ello de conformidad con las leyes, reales instrucciones y reales cédulas vigentes en la época. Las tierras a que me refiero aparecen descritas en las diligencias de mensura realizadas entre los años de 1782 y 1783, con motivo de la expedición del respectivo título. Tales diligencias rezan así: MENSURA DEL PRIMER PLAYON NOMBRADO SANTA CRUZ DE LOS CHIMILAS”. En veinte y seis de febrero de mil setecientos ochenta y dos, yo el comisionado con asistencia del Cacique, Capitán e intérprete del pueblo de Ariguani, de los baqueanos Juan Bautista Díaz, Juan de la Cruz Castellar y del interesado Nicolás Martínez, principié la mensura. (sic) de este playón nombrado de “Santa Cruz de los Chimilas” habiendo para el efecto medido una cuerda de cincuenta varas castellanas, con la cual por el ángulo de cuarenta y cinco grados suroeste, se midieron tres mil setecientos cincuenta varas

por la vera de dicho playón. Item, por ángulo de cuarenta y cinco grados nordeste, se midieron mil y seiscientas varas. Item, por el ángulo de cuarenta y cinco grados norte y este, se midieron tres mil setecientas cincuenta varas.—Item, por el ángulo de cuarenta y cinco grados Sur y Este, se midieron un mil y seiscientas varas, con las cuales quedó cerrada la figura de dicho playón, quedando éste en medio de un cuadrilongo, por el cual se sacará su área, despreciándose los cerros y vueltas que forma el expresado playón, por ser de poca consideración según se hará ver en el plano que se ha de formar. Y por ser tarde se concluyó esta diligencia que firmé con el interesado.—Zúñiga.—Martínez”. — “SEGUNDA DILIGENCIA DE MENSURA”. “En veintisiete de dicho mes de febrero y año: yo el comisionado principié a abrir la trocha que se necesita para pasar al otro playón cuya diligencia se practica por el norte según la razón que da el Cacique y demás baquenos, (sic) y habiendo sido ejecutado se midió la distancia, que se halló contener siete mil doscientas cincuenta varas, con lo que se concluyó esta diligencia que firmé con el interesado.—Zúñiga.—Martínez”. “MENSURA DEL SEGUNDO PLAYON NOMBRADO “ANIMAS”: En primero de marzo de mil setecientos ochenta y dos: yo el comisionado habiendo reconocido este segundo playón que manifiesta ser su figura obal, hice abrirle trochas en cuadro, midiendo por el ángulo de cuarenta y cinco grados suroeste, mil doscientas y cincuenta varas.— Item, por el ángulo de cuarenta y cinco grados noroeste; un mil ciento y veinticinco varas. Item, por el ángulo de cuarenta y cinco grados Norte y Este, un mil doscientos cincuenta varas. Item, por el ángulo de cuarenta y cinco grados Sur y Este, un mil ciento y veinticinco varas, con lo que quedó cerrada la mensura de dicho playón. Y en este estado me pidió el citado Don Nicolás Martínez, le incluya la tierra intermedia que hay de un playón a otro, no obstante de reconocerse de poca utilidad, porque precisamente habrán de internarse en ella sus ganados, lo que ejecutará en el plano respecto de darse ya sabida la distancia y rumbo. Con lo cual se concluyeron estas diligencias de medidas que firmé con el interesado. Rafael José de Zúñiga.—Martínez”. — “MENSURA DE LAS SABANAS DE SAN ANGEL”. “Mensura”: “En la expresada fundación, en el referido día, mes y año, yo el comisionado para la mensura, deslinde y amojonamiento de las Sabanas y playones nombrados de “San Angel”...., di principio a la mensura prevenida con un cordel de cá-

ñamo blanco que contiene cincuenta varas castellanas al rumbo de N. O. por los cuarenta y cinco grados, desde el cerrojo de la puerta de la Igla., hasta el arroyo que está seco nombrado de “Los Pintados” y se tendieron treinta y seis cordeles, que hacen por todo mil ochocientas varas castellanas. Desde dicho arroyo con el propio cordel y el mismo rumbo del N. O., se tendieron sesenta y cuatro cordeles de a cincuenta varas castellanas, que hacen tres mil doscientas varas, que unidas a las mil ochocientas varas de los treinta y seis cordeles, hacen por todas cinco mil varas castellanas que es una legua cabal que se le da de resguardo a la fundación, y termina dicha legua en árbol grande “Peralejo”, el que mandé picar y señalar, advirtiéndoles a dichos vecinos y fundadores pongan otras señas para el más perfecto y mejor conocimiento, lo que igualmente previne al personero del citado Don Nicolás Martínez, cuya diligencia practiqué a satisfacción de los vecinos etc. .... José de Alamo.—José Policarpo Godoy.—Gregorio Antonio Useche.—José Francisco Hernández”. — “En prosecución de la mensura, el citado día, mes y año, etc. .... con el propio cordel y del mismo rumbo, desde el árbol grande de “Peralejo” donde terminó la legua del resguardo de la Fundación, di principio a la mensura hasta la entrada del monte que terminó en unos árboles grandes de “Guanábano” y “Granados”, los que hice picar y señalar y contuvo esta mensura, cordel por cordel, sesenta y un cordeles de a cincuenta varas castellanas, las que hacen por todo tres mil cincuenta varas; igualmente con el mismo cordel mensuré el ancho de dicha sabana al rumbo de S. O. N. E. por los cuarenta y cinco grados desde un palmar real y un algarrobo grande hasta llegar a unos árboles de “Peralejo” donde termina lo ancho de dicha sabana, e hice plantar una cruz; contuvo esta mensura ochenta y cinco cordeles de a cincuenta varas castellanas, que por todas hacen cuatro mil doscientas cincuenta varas, con cuyas diligencias quedó concluida esta mensura por lo que respecta a la sabana de “San Angel”.—José de Alamo.—José Policarpo Godoy.—Gregorio Antonio Ureche.—José Francisco Hernández”. — “MENSURA DE LOS PLAYONES DE ARIGUANI”. En los playones de “Ariguani” de “San Angel”, a veintiseis días del mes de marzo de mil setecientos ochenta y tres, yo el comisionado asociado, etc., etc.,.... pasé a dichos playones, a efecto de hacer la mensura, deslinde y amojonamiento de ellos, y di principio desde el paso del río, que divide los playones, con el mismo cordel

de cincuenta varas castellanas al rumbo N. N. O. hasta el corral o casa árbol grande de "Higuerón", y contuvo hasta dicho corral, cuarenta cordeles de a cincuenta varas, que hacen por todo dos mil varas; desde dicho corral hasta la entrada del monte donde termina dicho playón en unos árboles "Higuerones", "Algarrobillos" y "Palma amarga" se tendieron ciento treinta y cinco cordeles de a cincuenta varas al propio rumbo, que hacen por todo seis mil setecientos cincuenta varas, que unidas a las dos mil componen ocho mil setecientos cincuenta varas castellanas". "En el propio día con el mismo cordel de cincuenta varas se mensuró dicho playón al rumbo del N. E. E. hasta terminar en la montaña en unos árboles de "Higuerón", comenzando en otros árboles de "Higuerón", y contuvo esta mensura ochenta y nueve cordeles de a cincuenta varas castellanas, que hacen por todas cuatro mil cuatrocientas cincuenta varas en lo ancho de dicho playón, habiéndose atravesado por medio de dicho río de "Ariguani", y concluida que fue dicha mensura, hice picar para señal, los referidos árboles de "Higuerones" para que en ellos se afijen los linderos permanentes.—José de Alamo.—Gregorio Antonio Useche.—José Francisco Hernández". . . . SEGUNDO.—Sobre las tierras a que se refiere el numeral anterior se suscitó ante el señor Juan de la Rosa Galbán y el nombrado Nicolás Martínez y su hija Francisca Martínez, por los años de 1793 a 1798 un pleito que fue decidido en favor de la última, como heredera de Don Nicolás Martínez, por sentencia cuya ejecutoria fue librada con fecha 8 de mayo de 1798. TERCERO.—El fallo a que se refiere el numeral anterior absolvió "a los herederos de Don Nicolás Martínez de la demanda puesta por Juan de la Rosa Galbán" y declaró "tocarle y pertenecerle las tierras en cuestión a Doña Francisca Martínez, como heredera de Don Nicolás, condenándose en todas las costas de la causa al enuciado Galbán". Es decir, que la autoridad competente en esa época reconoció como válidos los títulos de Don Nicolás Martínez sobre las tierras a que me estoy refiriendo. CUARTO.—Las tierras a que me refiero fueron compradas por el señor José Ignacio Díaz Granados al señor Miguel Martínez de Apacicio el día 5 de julio de 1825 como consta en escritura pública de esa fecha, otorgada en la entonces Escribanía Pública de Santa Marta. . . . Se explica posteriormente en la demanda cómo las tierras a que ella se refiere pasaron a ser de una Comunidad que se formó entre los sucesores del señor José Ignacio Díaz Granados y de su

mujer María Concepción Torres de Díaz Granados. El demandante compró acciones en esa Comunidad al General Florentino Manjarrés en el año de 1924.

Se demanda a la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia S. A., conjuntamente con la Nación, por haberse celebrado entre ellas un contrato de exploración y explotación de petróleo que comprende, según se afirma en el libelo, una parte o la totalidad de las tierras indicadas en el hecho Primero, y cuya declaración de dominio a favor de la Comunidad se solicita en la demanda. Esta concluye con la solicitud de que se hagan las siguientes declaraciones: "Primera.—Que pertenecen a la Comunidad de que formo parte los terrenos denominados Santa Cruz de los Chimilas y Animas y Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani, terrenos cuya situación, extensión y linderos, aparecen señalados en el hecho Primero de esta demanda. Segunda.—Que la propiedad de los comuneros, entre los cuales me encuentro, comprende el suelo y el subsuelo así como el petróleo y demás hidrocarburos que existan en el terreno de que se trata. Tercera.—Que la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia S. A., carece de derecho para explorar y explotar los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren dentro del terreno de propiedad privada determinados (sic) en el hecho Primero de esta demanda. Cuarta.—Que la Nación y la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia S. A., o alguna de estas entidades deben restituir a la Comunidad de que formo parte los terrenos pertenecientes a dicha comunidad, descritos en el hecho Primero de esta demanda con los respectivos frutos naturales y civiles".

#### Excepciones perentorias

El apoderado de la Compañía demandada propuso la prescripción de la acción y la de ilegitimidad de la personería del demandante.

Refiriéndose a la primera dijo el mandatario de la compañía que la demanda se presentó después del término de dos años que señala el artículo 5º de la ley 160 de 1936 y que se cuentan "desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición"; pues si no se ejercita la acción por el presunto propietario dentro de ese término perentorio, ella prescribe, como lo dice ese artículo. Que como lo dispone el artículo 2539 del Código Civil en concordancia con el 2524 y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los Tribunales, la acción ha debido intentarse mediante la notificación a todos los

demandados, antes del 31 de diciembre de 1941, y tal notificación sólo se hizo al apoderado de La Perla el 3 de enero de 1942, o sea cuando ya estaba prescrita la acción.

No prospera esta excepción porque la demanda fue notificada al Fiscal el 13 de diciembre de 1941, antes de que venciera el plazo de dos años, y porque la notificación al Fiscal basta para interrumpir la prescripción, por ser este funcionario el representante de la Nación. La controversia sobre la propiedad de las tierras se desarrolla en el juicio entre las dos partes que respectivamente pretenden que se reconozca y declare a su favor el dominio de ellas, o sea el demandante y la Nación. La Compañía concesionaria es apenas coadyuvante de la parte demandada. Por tanto, la notificación de la demanda se hizo en tiempo oportuno, dentro de los dos años señalados en la ley 160 de 1936. Además puede observarse que, como lo ha dicho la Corte en otros casos, no es lo mismo la prescripción que la caducidad, pues en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda. El artículo 5º de la ley 160 de 1936 prevé un caso de caducidad y no de prescripción, y por lo tanto la presentación de la demanda evitó que se produjera la caducidad contemplada por aquella disposición legal.

La excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor se plantea con base en los hechos y circunstancias que en opinión del excepcionante conducen a demostrar que el doctor Royero no es dueño de una cosa singular o de una cuota determinada, susceptible de reivindicarse, ni para él ni para la comunidad, por la vaguedad de los linderos de los títulos. Observa la Sala que esta cuestión es la principal para estudiar y resolver sobre ella en el pleito y que su dilucidación con excepción perentoria dejaría sin materia el examen de fondo respecto de los títulos originarios, sobre los cuales se hace más adelante el estudio conducente para calificarlos.

Respecto de otras escrituras posteriores, a que se refiere el excepcionante, la Corte está de acuerdo con el examen que de esos se hace en el fallo de primera instancia y con las conclusiones a que en él se llega, sobre no ser las objeciones propuestas motivos suficientes para declarar demostrada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor. Refiriéndose el apoderado de la Compañía demandada a la parte del fallo de primera instancia que trata de la ilegiti-

midad de personería dice: "Como tanto en la escritura de compraventa de Florentino Manjarrés a Gabriel Vives Jiménez y al demandante Víctor M. Royero, número 104 de 13 de mayo de 1924 de la Notaría de Ciénaga, como en las demás escrituras de los antecesores, que sirven de apoyo al demandante, se afirma que los terrenos se hallan ubicados unos en el municipio de Valledupar y otros en el de Pivijay, esta declaración, al tenor del artículo antes citado hace plena prueba contra los declarantes, es decir, contra el demandante señor Royero, y por tanto la prueba de que dichos terrenos no se hallan ubicados en Valledupar y en Pivijay, como lo afirmó en la escritura de 1924, y lo afirmaron sus antecesores en todas las escrituras anteriores, corre a cargo de dicho demandante que ha cambiado de opinión y no de la parte demandada que presenta como prueba de su afirmación todas las escrituras públicas que obran en autos".

La Corte estima que la declaración consignada en la escritura a que alude el excepcionante puede servir como elemento de prueba, pero que por sí sola no sería bastante para desconocer la realidad en cuanto a la ubicación de unas tierras, si por otro lado existen comprobaciones de más fuerza que acreditan su ubicación en determinado lugar, distinto del que se indicó en una escritura pública. Como elemento probatorio tendrá en cuenta la Sala esta declaración del demandante en la escritura mencionada, pero no la encuentra bastante para deducir de ella, prescindiendo de otras pruebas, cuál sea la localización de las tierras a que la litis se contrae.

Las consideraciones anteriores producen en la Sala el convencimiento de que debe confirmar la providencia apelada, en la parte que encontró no probadas las excepciones propuestas.

#### Determinación actual de las tierras a que la demanda se refiere

Por el examen que la Corte ha hecho de las varias cuestiones que suscita el estudio de la demanda, los documentos presentados con ella, las pruebas producidas durante el juicio, el fallo dictado en la primera instancia y las alegaciones hechas por las partes, resulta que es fundamental para la decisión que haya de adoptarse por la Corte el constatar si es posible la determinación actual de las tierras a que se refirieron las adjudicaciones hechas en los años de 1782 y 1783 y a que la demanda se contrae. Los títulos antiguos parecen haberse expedido legalmente, o sea con

el lleno de las formalidades y requisitos exigidos por las leyes coetáneas a su otorgamiento. Y es más. La alinderación que se hizo en los títulos y en las diligencias de mensura practicadas entonces seguramente fue buena y bastante para ubicar dichas tierras cuando las adjudicaciones se otorgaron. Pero después de más de un siglo y medio los datos que quedan de esa determinación parecen insuficientes para localizar hoy los terrenos a que las adjudicaciones se refieren. En esos títulos originarios del Estado, que son los remates en mención, se encuentran referencias a puntos arcifinios y orientación matemática de varias líneas y ángulos. Esto, a primera vista, parece que fuera suficiente para la localización actual de las tierras; pero es que al propio tiempo hay en los títulos referencias a puntos arcifinios mudables como el cauce de los ríos, a una población desaparecida junto con la iglesia que sirvió de base a una de las mensuras, y otros elementos, tales como casas y árboles al parecer completamente inidentificables. A lo cual se agrega la circunstancia, muy de lamentarse, de que en los títulos posteriores, corridos entre particulares, y que hacen referencia a los originarios otorgados por el Estado, apenas se menciona estos últimos y la alinderación que en ellos se hizo, para señalar el objeto de las compras y actos posteriores, pero sin agregarse nada que sirviese ahora para establecer a qué área concretamente se refieren los actos jurídicos posteriores que pretenden relacionarse con los títulos primitivos; pues si esta relación pudiera hacerse sin lugar a dudas sería también posible establecer por ese medio el área y la ubicación de las tierras compradas al Estado en la época colonial.

Un examen que la Sala hace a continuación de los elementos probatorios del juicio relacionados con la determinación de las tierras sirve para poner a la vista el fundamento en que se apoyan las anteriores observaciones.

El primer documento de orden técnico producido en el particular es el informe del ingeniero que tuvo a su cargo en el Ministerio del ramo el estudio de los títulos que allí presentó el doctor Víctor M. Royero, que son los mismos acompañados a la demanda, dictamen o concepto que el Ministerio acogió oficialmente. De él se trasladan en seguida algunos pasajes.

Dice el informe técnico:

“Estudiaremos primero la probable ubicación de dichas adjudicaciones, para demostrar que estaban situados los terrenos correspondientes a ellas, en el valle del río Ariguani, los primeros, y los segundos en las márgenes del mismo río y contiguos a aquellos. Del expediente de la opisción y de los títulos presentados, tenemos: Don Nicolás Martínez, en su primera solicitud hecha ante el doctor don José Munive y Mosso, abogado de la Real Audiencia de Santa Fe, Teniente de Gobernador, Auditor de Guerra de esta plaza y provincia de Santa Marta, etc., dice: “Por cuanto don Nicolás Martínez Ferreiro y Nogaridos, vecino de esta ciudad se presentó en este mi Juzgado expresando haber descubierto unos playones que nombran de los Chimilas, **aguas abajo del río de Ariguani** (subrayo) en la medianía del camino de la montaña que va de esta ciudad para la de Pueblonuevo. Y que deseando cultivarlas y fundar en ellas un asiento de hatos de ganados mayores y menores, hacía denuncia en forma a todo el terreno que comprenden dichos playones, suplicándome me sirviese admitirlo y mandar librar comisión para su mensura, deslinde, amojonamiento y avalúo, que estaba pronto a enterar en reales cajas su importe con el de su confirmación”. El doctor José Munive y Mosso nombró para medir dichas tierras, a don Rafael José de Zúñiga, quien verificó la mensura de ellas, obteniendo como resultado, **‘cuatro caballerías, ocho fanegas y un almod de tierras’**, según consta en los mismos títulos. Copiamos a continuación las actas de las diligencias de mensura de dichos terrenos, hechas por don Rafael José de Zúñiga en el mes de febrero de mil setecientos ochenta y dos: (aquí inserta el ingeniero la parte pertinente de las mensuras, copiadas ya en el punto primero de los hechos de la demanda); luego agrega: Por lo transcrito vemos que el playón de Santa Cruz estaba representado por un rectángulo de 3.750 varas  $\times$  1.600 varas = 6.000.000 varas cuadradas castellanas y el playón Las Animas estaba representado por un rectángulo de 1.250 varas  $\times$  1.125 varas = 1.406.250 varas cuadradas castellanas, haciendo ambos playones un total de 7.406.250 varas cuadradas castellanas. Reduciendo la anterior superficie a áreas en el sistema métrico decimal, y sabiendo que la vara de Castilla era computada en 0,8359 metros, tenemos para la vara cuadrada 0,6987 metros cuadrados y 7.406.250 varas cuadradas  $\times$  0,6987 = 5.174.747 metros cuadrados: 517 hectáreas con 4.747 metros cuadrados, como área de los dos playones medidos. Pero como en los títulos se dice que el área

de la primera adjudicación era de cuatro caballerías ocho fanegas y un almud de tierras, aplicaremos la definición dada en el folleto del doctor Peregrino Ossa V., titulado 'Medidas Agrarias Antiguas — Caballería de Tierras', página 11, tomada de diligencias practicadas más o menos en la misma época, que dice: 'El 14 de enero de 1762 don Domingo Camarillo, Agrimensor público general de la ciudad y Provincia de Cartagena, verificó como Juez, el deslinde de la Hacienda de San José de Chiricoco, y de tal deslinde resulta que el valor de una Caballería en aquella época era de 6.002.500 varas cuadradas castellanas  $0.6987 \text{ m}^2$  lo que la hace equivalente a 419 hectáreas 3.947 metros cuadrados; resultando además que la fanega era de 119.716 varas castellanas, y el almud de 10.000 varas'. 'Según la anterior definición tenemos: 4 Caballerías  $\times$  419 hectáreas 3.947 metros cuadrados = 1.677 hs., 5.758 mts.<sup>2</sup>. 8 fanegas  $\times$  119.716 = 957.728 varas cuadradas  $\times$  0.6987 = 66 hs., 9.164 mts.<sup>2</sup>. 1 almud = 10.000 varas  $\times$  0.6987 = 6.987 mts.<sup>2</sup>. TOTAL 1.745 hs., 1.939 metros cuadrados. Por tanto los terrenos correspondientes a la primera adjudicación hecha a don Nicolás Martínez, equivalen a 1.745 hectáreas con 1.939 m<sup>2</sup>. y estaban ubicados en el valle del río Ariguani. Segunda adjudicación. En la segunda solicitud hecha por don Nicolás Martínez ante don José Munive y Mosso, dice: 'Que hallándose con un asiento y posesión de hato de ganados mayores y menores en los playones que nombran de Santa Cruz de los Chimilas que tiene comprados a su Majestad en pública subastación, necesitaba para aumento, extensión y retiro de dichos ganados en los inviernos por inundarse dichos playones, las sabanas contiguas a ellos, (subrayo) que nombran de San Angel y Playones de Ariguani, en cuya virtud y por ser realengas hacía denuncia de unas y otras pidiendo me sirviese mandarlas deslindar, amojonar y apreciar que estaba pronto a comprarlas a su majestad...'. Y el señor don José Munive y Mosso nombró al señor don José Ignacio de Alamo para el deslinde y amojonamiento de las sabanas de San Angel y Playones de Ariguani, mensura que se verificó en el mes de marzo de mil setecientos ochenta y tres de acuerdo con las siguientes actas: (Aquí inserta el ingeniero la parte de las mensuras copiadas ya en el punto primero de los hechos de la demanda referentes a las sabanas de San Angel y a los playones de Ariguani). Luego dice el ingeniero del Ministerio:

"Por lo transcrito se ve claramente que dichos terrenos correspondientes a la segunda adjudicación hecha a don Nicolás Martínez en el año de 1783 y que se llamaban Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani quedaban ubicados en las márgenes del río de Ariguani y también se deduce que los terrenos llamados Playones de Santa Cruz de Chimilá y las Animas quedaban en la misma región, puesto que éstos eran contiguos a aquéllos como claramente lo dicen los títulos. — Tanto por el plano presentado por la Compañía de Petróleos "La Perla de Colombia S. A.", con su propuesta, plano de la región de San Angel, como por el mapa oficial del Departamento del Magdalena, mapa de la Oficina de Longitudes del Ministerio de Relaciones Exteriores, vemos que el río Ariguani no atraviesa en ninguna parte el terreno solicitado en concesión y que el caserío de San Angel sí queda en el interior del polígono que encierra el lote, lo cual parece indicar que el sitio San Angel que mencionan los títulos, no es el mismo sitio o caserío que está localizado en los mapas, sino otro sitio situado al este del río Ariguani. En los mismos títulos hay una prueba que confirma la conclusión a que llegamos en el párrafo anterior, de que el sitio San Angel citado en ellos, es distinto del que figura en los mapas. En efecto, al medir la legua de resguardo dada la fundación dice: '... Al rumbo N. O. por los cuarenta y cinco grados, desde el cerrojo de la puerta de la iglesia...', y más adelante dice que cruzaron el río Ariguani al medir los Playones del mismo nombre. Las sabanas de San Angel y los Playones de Ariguani eran terrenos contiguos el uno al otro y por tanto y de acuerdo con los títulos, se encuentran al noroeste de la iglesia de San Angel.

Si del sitio que está localizado en los mapas y que hoy es el caserío de San Angel, se traza una línea en dirección N. 45° W, dicha línea no encontrará en ningún punto el río Ariguani, pues éste corre al sur del caserío de San Angel. Por tanto el sitio de San Angel citado en los títulos de las adjudicaciones hechas en los años de 1782 y 1783 a don Nicolás Martínez, debe ser algún sitio que existió al Este del río Ariguani".

El estudio técnico del Ministerio hace la conversión de las medidas antiguas de la época colonial a las medidas actuales y se pronuncia así en el particular:

**Sabanas de San Angel:**

12.962.500 v.<sup>2</sup> × 0.6987 = 905 H. con 6.898 mts.<sup>2</sup>

**Playones de Ariguani:**

38.937.500 v.<sup>2</sup> × 0.6987 = 2.720 H. con 5.631 mts.<sup>2</sup>

Total = 3.626 H. con 2.529 mts.<sup>2</sup>

**Más área de Santa Cruz**

y Las Animas . . . . . = 1.745 H. con 1.939 mts.<sup>2</sup>

Total = 5.371 H. con 4.468 mts.<sup>2</sup>

El estudio oficial mencionado termina con las siguientes conclusiones: "a) De poder del Estado salieron en el año de 1782, por adjudicación hecha a don Nicolás Martínez en remate público, cuatro caballerías, ocho fanegas y un almud de tierras ubicadas en el valle del río Ariguani. Estas tierras equivalen a 1.745 hectáreas con 1.939 metros cuadrados; b) De poder del Estado salieron por adjudicación hecha a don Nicolás Martínez en remate público en el año de 1783, veintiseis y media estancias ubicadas en las márgenes del río Ariguani, y contiguas a las anteriores. Estas tierras equivalen a 3.626 hectáreas con 2.529 metros cuadrados. c) El total de tierras salido de poder del Estado, por las adjudicaciones hechas a don Nicolás Martínez fue de 5.371 hectáreas con 4.468 metros cuadrados. d) De los títulos presentados con el expediente se deduce que el sitio de San Angel citado en ellos no es el mismo sitio que hoy figura como 'caserío de San Angel' localizado en los mapas, pues aquel debió estar situado, de acuerdo con los mismos títulos, al Este del río Ariguani y el caserío de San Angel localizado en los mapas queda al Oeste del mismo río. e) El río Ariguani pasa a una distancia mínima de cuatro kilómetros del lindero oriental de los terrenos solicitados en concesión por la Compañía de Petróleos "La Perla de Colombia S. A.". Dicho lindero queda al oeste del río Ariguani y por tanto no puede haber superposición de los terrenos de la concesión en los terrenos cuya propiedad alegan los doctores Víctor M. Róyero y Gabriel Vides Jiménez".

Para la Corte el estudio que se ha transcrito en lo principal, de los técnicos del Ministerio, es claro, razonado y persuasivo en cuanto a las conclusiones a que llega. Todas las adjudicaciones a don Nicolás Martínez fueron hechas en la hoya y márgenes del río Ariguani; así las primeras o sea las de los Playones de Santa Cruz y las Animas,

como las segundas, de las sabanas de San Angel y Playones del río Ariguani. Los dictámenes periciales en que se apoya el fallo de primera instancia se basan en dos apreciaciones que la Corte no comparte: una de carácter general no aceptable por no hallarse comprobada en los autos: la de que el río Ariguani ha cambiado de cauce y que al tiempo de las adjudicaciones corría mucho más al occidente de donde corre hoy y donde ha corrido según los mapas disponibles en el proceso; y la de que el actual pueblo de San Angel reemplazó en su ubicación al extinguido pueblo indígena de San Antoñito o San Antonio de Ariguani; ninguna de esas afirmaciones se sustenta en pruebas admisibles y apenas constituyen hipótesis sobre las cuales a juicio de la Sala no puede construirse una deducción aceptable y capaz de destruir las conclusiones a que llegó el Ministerio del ramo cuando su Sección Técnica estudió la documentación presentada a ese despacho y que después ha servido para el pronunciamiento en este juicio en la primera instancia y que ha de servir como base de la presente decisión.

Los peritos que intervinieron en el juicio no estuvieron de acuerdo ni llegaron a conclusiones absolutamente categóricas, con excepción del perito señor Pava designado por la parte actora. No encuentra la Corte fundamento para la afirmación que hace el fallo del Tribunal de que existe uniformidad entre los dictámenes del perito designado por proposición de la parte actora y del perito tercero, por las razones que van a darse. El perito tercero llega a conclusiones que basa en hipótesis que él mismo formula. Conviene hacer aquí la transcripción de lo pertinente de aquellos dictámenes.

El perito ingeniero señor Arturo Pava afirma: "No existe en la diligencia de mensura de la porción llamada Playones de Ariguani, ningún dato que permita localizar exactamente su posición actual en el terreno. . . . Por lo transcrito vemos que el pueblo de San Antoñito se encuentra en las cercanías de las Sabanas de San Angel y que desde 1782 dentro de la legua de su resguardo existían ya sejuelas de monte en donde los naturales y fundadores del pueblo labraban. Por otra parte, existe la tradición en los moradores del pueblo de San Angel, tradición que el otro perito, doctor Gonzalo Arboleda y yo recogimos, de que en las proximidades del Cementerio que dista algo más de un kilómetro del mojón astronómico de la concepción M. B.—XII—39 que se encuentra en la orilla occidental del pueblo de San Angel, existió el pue-

blo de San Antonio; pero que no conocen vestigios de su existencia, ya que el dicho pueblo había dejado de existir en 1795, según consta en el memorial del señor Guarín, apoderado de doña Francisca Martínez (Archivo Histórico Nacional—Tierras del Magdalena— Documentos de prueba). Estas informaciones suministradas al doctor Arboleda y a mí por la señora Santos Palacios de la Hoz, de 79 años de edad; Francisco Socarrás, de 47 años; Joaquín Lozada, de 54 años, nos expresaron éstos que se lo oyeron decir siempre a sus respectivos padres y abuelos, y añaden dichas informaciones que la característica de encontrarse el pueblo tan distante del Cementerio se debía a que la nueva fundación que se llama San Angel, conservó el mismo cementerio que el pueblo extinguido de San Antonio". La Sala observa que la tradición o fama en que se apoya este perito no está comprobada legalmente, pues no aparece que ni siquiera los testimonios a que él se refiere se hubiesen recogido por juez competente. Partiendo del perito de esa base no comprobada legalmente, de que el pueblo de San Antoñito existió en las proximidades de las actuales Sabanas de San Angel, deduce que el extinguido pueblo de San Antonio existió al sur del pueblo actual de San Angel e inmediato a éste; con lo cual llega a la conclusión de que las adjudicaciones coloniales se hicieron en sitios abarcados hoy por la propuesta de contrato de "La Perla de Colombia" ya que la población de San Angel se encuentra claramente dentro de su perímetro. El perito ingeniero Gonzalo Arboleda dice: "Del estudio de las mensuras realizadas en los años de 1783 y 1793 en los terrenos Santa Cruz de los Chimilas y Animas y Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani cuya relación aparece en los documentos del Archivo Histórico Nacional y de los cuales hay copia en el expediente, se deduce que no hay datos suficientes para localizar exactamente tales linderos en el terreno. . . . Según lo comprobé en la inspección ocular que practicamos conjuntamente los peritos, así como por las informaciones suministradas en la región, no hay Playones dentro de la concesión de La Perla ni tampoco los hay en los terrenos adyacentes por el norte y el sur; además se carece de indicios y señales materiales, que indiquen la existencia, en épocas anteriores y por lo tanto se deduce que el Playón de Chimilas y el Playón de Animas están fuera del terreno de la concesión de "La Perla". . . . En la descripción de la mensura de los Playones de Ariguani efectuada en 1783, que aparece en los documentos del Archivo Histó-

rico Nacional a que se ha hecho referencia, se indica que el río Ariguani corre por entre tales playones, y así, puesto que el río queda al Este del lindero oriental C-D de la concesión de La Perla y está separado de ella por el Caño Chimilas, se deduce que así como el río Ariguani, los playones que lo atraviesan y que llevan su nombre están igualmente fuera de los terrenos que forman la concesión de La Perla. . . . En cuanto a las Sabanas de San Angel, se tiene el dato definido y preciso sin lugar a duda según aparece en los documentos del Archivo Histórico Nacional, de que la porción de tales sabanas cedidas por la Corona Española a don Nicolás Martínez Ferreiro, estaba situada a una distancia de 5.000 varas del cerrojo de la puerta de la Iglesia de San Antonio de Ariguani y a un rumbo de N. 45° W., a partir de tal Iglesia. La localización estaba dada, según lo indica la mensura de 1783, por una recta que con un rumbo de N. 45° W. y 3.050 varas de longitud partía del sitio en que terminaba la legua del resguardo del nombrado pueblo de San Antonio de Ariguani, medida dicha legua con el mismo rumbo a partir de la Iglesia como queda ya indicado, y por una recta normal a la anterior de una longitud de 4.250 varas medidas en sentido SO. NE. por los 45°. . . . Fácilmente se comprende que para demarcar en el terreno tal Sabana es necesario localizar también en el terreno el punto que sirvió como origen para la medida, o sea la Iglesia de San Antonio de Ariguani. Ya que los conocimientos que hoy tienen sobre el particular los habitantes de la región, aún los de mayor edad y por ende las informaciones que nos suministraron, son completamente vagos, contradictorios y aún más, imprecisos y no dan por lo tanto ninguna luz al respecto, he llegado a la conclusión de que hoy en día es imposible determinar sin que quede duda en donde quedaban localizadas dichas sabanas y por consiguiente si hoy queda tal terreno en todo o en parte dentro o fuera de la concesión hecha a la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia S. A.— A pesar de la conclusión anterior deberé agregar a mi dictamen la información de que al occidente de la recta que del punto astronómico (N-Y—XII—39) va al punto J-339 del lindero occidental de la concesión de La Perla, al Noroeste de San Angel y al Occidente del camino que va de San Angel a Monte Rubio, entre los sitios Ginebra y las Olivas existen actualmente unas sabanas llamadas de San Angel y que, dada su localización, están, al menos en parte dentro del terreno que forma la concesión de La Perla de Colombia. El

punto J-339 a que he hecho referencia queda situado aproximadamente a 4.300 metros al norte del punto A del lindero Occidental de la concesión de La Perla y está marcado en terreno con un mojón de concreto. No conociéndose como ya lo indiqué, la localización de la Iglesia ni aún del pueblo de San Antonio de Ariguani desaparecido hace ya tantos años, tampoco puedo deducir si estas sabanas son o no las llamadas de San Angel en 1783, ni tampoco en caso de que lo fueran qué porción de ellas correspondería a las cedidas a Martínez Ferreiro por el Gobierno Español". Como puede verse este dictamen es categórico en el sentido de concluir que no es posible localizar en la actualidad las tierras a que se refirieron las adjudicaciones hechas en los años de 1782 y 1783. El perito tercero, doctor Manuel Romero Barrios no es afirmativo en sus conclusiones, las que parecen dudosas como va a verse: "Los ríos que como el Ariguani atraviesan grandes llanos de formaciones constituidas por terrenos de acarreo, como aluviones, limos, etc., son de cursos muy inestables y la experiencia nos enseña que sus meandros, en constante mutación, cambian sus cauces de unos lugares a otros dentro del mismo plano del valle y en un sentido transversal a la resultante de su curso general, se desplazan a gran distancia, dejando en seco terrenos que antes solían inundar... Ningún contemporáneo nuestro conoce tradición alguna ni puede asegurar cuál fue en 1782 y 1783, hace 159 años la exacta localización de la parte del cauce del río Ariguani que hoy se encuentra al oriente de la concesión de La Perla. Admitir la situación que hoy tiene es un supuesto factible pero dudoso, que determina UN CARGO DE CONCIENCIA PARA CUALQUIER PERITO ESCRUPULOSO Y PUEDE CONTRAPESAR LA BUENA FE DE LA JUSTICIA... Si colocamos el lote de terreno llamado PLAYONES DE ARIGUANI en cualquier parte del curso del río Ariguani, al oriente de la concesión de La Perla, o sea atravesado por el mencionado cauce, como dijo el agrimensor en su acta de mensura de 26 de marzo de 1783, encontramos indiscutiblemente que el referido lote llamado Playones de Ariguani queda fuera de la concesión de La Perla; pero repito lo que dije antes, no se puede asegurar que el río Ariguani en el año de 1783 se encontraba exactamente en el mismo lugar en que hoy se encuentra al Este del lindero oriental de la tan mencionada concesión de La Perla; por el contrario, hay que considerar obligadamente que aquella localización ha

cambiado. No he podido conseguir vestigios realmente fidedignos que permitan un conocimiento pleno de la verdadera localización que pudiera tener en los años de 1782 y 1783 el desaparecido pueblo de Santa Bárbara de San Antonito o San Antofito de Ariguani. No se puede negar que tal pueblo existió. Todos los documentos así lo aseguran. Y si bien es verdad que los informes recogidos no son suficientemente apropiados para reconstruir una tradición indudable que corresponda con los hechos pretéritos, también es verdad que simultáneamente con la existencia del pueblo o caserío de San Antofito, existían y se conocían las Sabanas de San Angel, las cuales fueron adjudicadas en pública subasta a don Nicolás Martínez en aquellas fechas. Estas Sabanas de San Angel, según dicen las actas de mensura respectivas, se encontraban al N. O. del caserío de San Antofito a una distancia de 5.000 varas, medidas desde el cerrojo de la iglesia del aludido caserío. Hoy existen las Sabanas de San Angel sobre el camino que une los pueblos de San Angel y Monte Rubio, y si estas Sabanas son las mismas de 1783, como es notorio (subraya la Sala) podemos admitir el axioma siguiente: Si partiendo del cerrojo de la Iglesia de San Antofito, con un rumbo dado N. O. y a una distancia de 5.000 varas se encontraba en aquella época (1783) el lote de terreno llamado Sabanas de San Angel, partiendo de estas mismas sabanas hoy día, con un rumbo inverso o sea S. E., al final de aquella distancia de 5.000 varas se puede asegurar que aproximadamente se encontró la iglesia y el pueblo de San Antofito". Observa la Corte, como ya lo ha anotado, que las conclusiones de este perito no son firmes y seguras porque arrancan de dos supuestos no demostrados en el juicio: que el río Ariguani corrió por los años de 1782 y 1783 muy al occidente de donde hoy corre y donde aparece que ha corrido según los mapas de que se dispone en el expediente; y que se halla demostrado, lo que no es verdad en los autos que las sabanas de San Angel que hoy existen y que quedan dentro de la concesión de La perla sean las Sabanas de San Angel a que aludieron los títulos coloniales y que quedaban inmediatas al pueblo o caserío de San Antofito o San Antonio de Ariguani. No es pues exacto, en concepto de la Sala, que coincidan y sean uniformes, como lo estimó el Tribunal, el dictamen del perito doctor Pava y el del doctor Romero Barrios. La coincidencia de éste último con la del primero es más aparente que real ya que sus conclusiones, que podrían coincidir for-

malmente con las del otro perito, se apoyan no sólo en los hechos no demostrados en el proceso, sino en hipótesis construídas sobre esos hechos supuestos, y no las presenta con la certidumbre del experto, como ha podido verse al leer las partes transcritas de su dictamen.

No existe pues un dictamen uniforme de dos peritos, debida y claramente fundado, que obligue a la Corte a aceptar sus conclusiones.

En presencia de esta realidad ha de llegar la Sala a la deducción a que llegó la sección técnica del Ministerio del ramo cuando estudió este asunto, ya que sus apreciaciones y conceptos no han sido desvirtuados en el juicio, o sea que no es posible localizar en el terreno las adjudicaciones coloniales hechas a Nicolás Martínez en los años de 1782 y 1783, lo que las hace prácticamente ineficaces, y no pueden servir por lo mismo para aducirlas en una oposición válida de las tierras que comprende la propuesta de contrato de "La Perla de Colombia S. A."

Anota además la Sala que el Tribunal al decir en la letra a) del punto primero de sus declaraciones que pertenecen a la comunidad demandante los terrenos denominados Santa Cruz de los Chimilas y Animas y Sabanas de San Angel y Playones de Ariguani. "terrenos cuya situación, extensión y linderos aparacen señalados en el hecho primero del libelo de demanda", —y en la hipótesis de la validez y operancia de los títulos coloniales— hace una declaración sin efecto práctico en cuanto a la extensión y linderos, puesto que no se señalan en la sentencia del Tribunal sino que se dice que son los que aparecen en el hecho primero de la demanda, y como ese hecho

se limita a copiar las adjudicaciones antiguas, que carecen de una alinderación determinada, aun si se confirmara el fallo de primera instancia quedaría la dificultad de saber cuáles son las tierras en extensión y linderos que se declara pertenecen a la comunidad demandante. No es sinembargo el caso de entrar a ver qué consecuencias tendría la declaración que así hizo el Tribunal porque, por las razones ya expuestas, los títulos coloniales aducidos son ineficaces para demostrar la propiedad privada de las tierras según se pretende en la demanda.

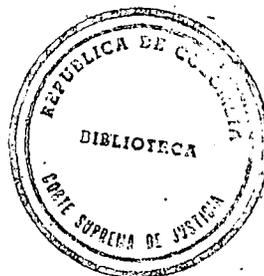
Debe por tanto revocarse el fallo de primera instancia, no solo en el punto a) de la parte resolutive sino en los demás que ella contiene, que son tan solo consecuencias de la primera declaración.

#### 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, REVOCA el fallo de primera instancia dictado en este juicio, NIEGA las peticiones de la demanda y absuelve de los cargos de ella a la Nación y a la Compañía de Petróleo La Perla de Colombia S. A.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Ramón Miranda. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



## EFFECTOS DE LA DECLARACION ADMINISTRATIVA DE CADUCIDAD DE UN CONTRATO

Es evidente que la declaratoria de caducidad pronunciada por la vía administrativa produce el efecto de terminar el contrato, conforme lo ha expresado reiteradamente la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

El día 15 de octubre de 1941 se celebró entre el Departamento del Magdalena y el señor Galo A. Goethe el contrato respectivo para la construcción de un edificio destinado a escuela pública en el Municipio de Sitionuevo; y por resolución número 15 de 16 de junio de 1942 el Gobierno Departamental declaró la caducidad administrativa de dicha convención, fundándose en el hecho de haber vencido con exceso el término de noventa (90) días estipulados para la entrega de la obra y, además, por haberse ausentado de Sitionuevo el contratista principal, paralizando de esta manera los trabajos que había comenzado. En virtud de estos antecedentes y de los demás hechos que se citan en el libelo con que el juicio se inició, ocurrió el doctor Rafael Rovira Bolaño, en nombre del Departamento del Magdalena ante el Tribunal Superior de Santa Marta en demanda contra el señor Arcadio Barros, quien se constituyó fiador del contratista principal señor Goethe, para que mediante los trámites del Título XXXI, Libro II del Código de Procedimiento Civil se hicieran las declaraciones siguientes:

“1º—Autorizar al Departamento del Magdalena para que haga concluir por un tercero, a expensas del demandado, la construcción del edificio para escuela en Sitionuevo, de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el contrato celebrado el 15 de octubre de 1941, que acompaño; y 2º—Librar orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Departamento y en contra del señor Arcadio V. Barros por la suma de \$ 200.00 moneda corriente y por la cantidad que resulte a razón de cien pesos

(\$ 100.00) moneda corriente mensuales, desde el día de la mora hasta el día en que se termine la obra. Las sumas de dinero a que se refiere la parte petitoria de esta demanda, se descomponen así: la primera es la multa o cláusula penal de que habla la estipulación cuarta del contrato, la otra representa la cantidad en que estimo los perjuicios ocasionado al Departamento por el incumplimiento de los contratistas, y estoy listo a presentar el juramento de rigor de acuerdo con el artículo 897 del Código Judicial”.

Por auto del nueve (9) de noviembre de 1942 resolvió el Tribunal admitir la acción propuesta en primer término y rechazar la ejecutiva a que se refiere el ordinal segundo del libelo.

Tramitado el negocio sobre estas bases la entidad pública instada puso fin al litigio mediante fallo proferido el 31 de agosto de 1944, por medio del cual declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, absolviendo en consecuencia al demandado de todos los cargos contra él formulados. En el acto de la notificación el Fiscal del Tribunal Superior interpuso el recurso de apelación contra aquel fallo y habiéndosele concedido se surtió la actuación correspondiente a la segunda instancia en esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que va a decidir en definitiva con fundamento en las consideraciones que en seguida se consignan.

Se ocupó el Tribunal en estudiar las estipulaciones del pacto de que se habla y especialmente la que contiene la obligación por parte del contratista de comenzar la construcción del edificio de la escuela de Sitionuevo dentro de los 15 días a partir del perfeccionamiento del contrato y de entregarlo terminado en el plazo de noventa (90) días contados de la misma manera; y además, la que contiene los motivos para que pueda declararse administrativamente la caducidad del contrato por no entrega de la obra en el plazo acordado. De otro lado, encontró la misma entidad que habiendo hecho uso de su facultad de declarar la caducidad administrativa de la convención no era jurídicamente posible al Departamento del Magdalena pedir que se hiciera concluir por un ter-

cero a expensas del demandado, o sea que no podía ejercitar la acción reglamentada por el Título XXXI del Código Judicial ya que conforme al artículo 1610 del C. Civil la ejecución del contrato por un tercero y a expensas del deudor requiere necesariamente que el contrato esté en vigencia, pues si éste ha terminado por alguna causa legal la petición resulta indebida.

Se expresa el Tribunal así, refiriéndose al precepto contenido en el artículo citado del C. Civil: "Los tres casos de este artículo parten de la base que el contrato cuya ejecución se pretende, existía el día que se promueve la acción. Y esto es apenas obvio, porque no se ve cómo puede pretenderse el cumplimiento de un convenio, ya por medio del mismo obligado, ya sea por un tercero a expensas de aquél, cuando a la fecha que una de estas dos cosas se intenta, ya ese convenio ha desaparecido. Se dice que el convenio ha desaparecido en el caso concreto de este pleito, porque el Gobierno, usando una facultad contractual, lo declaró caducado lo que equivale en el fondo a la llamada resolución de que trata el artículo. 1546 del Código Civil".

Nada tiene que objetar la Corte a la anterior conclusión del fallo de primera instancia porque es evidente que la declaratoria de caducidad pronunciada por la vía administrativa produce el efecto de terminar el contrato, conforme lo ha expresado reiteradamente esta superioridad sobre todo, en las decisiones que el Tribunal transcribe.

Por este motivo la conclusión del Tribunal respecto a que en la demanda se hiciera una petición de modo indebido resulta jurídica y debe confirmarse. Y sin lugar a otras razones, 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 treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta materia de la alzada.

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

**Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Ramón Miranda. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLOTACION DE PETROLEOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

Arturo Pava del Basto en memorial dirigido al Ministerio de Minas y Petróleos formuló propuesta para la celebración de un contrato de explotación de petróleo de propiedad de la Nación sobre un globo de tierra de 183.373 hectáreas situado en jurisdicción del Municipio de Orocué (Departamento de Boyacá), del Corregimiento de Pedro de Arimena (Intendencia del Meta) y del Corregimiento de San José de Ocuté (Comisaría de Vichada).

El globo de terreno solicitado en contrato se halla comprendido, según el memorial de la propuesta, dentro de los siguientes linderos:

“El punto de referencia para la alinderación del lote solicitado es la Iglesia de la población de Orocué. El punto en que se hicieron las observaciones astronómicas es el llamado Llanos No. 3-A, que es a su vez el punto de partida A y que está situado en la ribera izquierda del río Meta. De la Iglesia al punto Llanos No. 3-A se levantó cuidadosamente, con teodolito y cinta de acero, una poligonal. La línea recta que une a estos dos puntos tiene un rumbo, partiendo del punto de referencia, de Sur sesenta grados cincuenta y dos minutos, cincuenta segundos Oeste (S. 60° 52' 60" W.) y una longitud de quinientos noventa y un metros con treinta y tres centímetros (591.33). Las coordenadas geográficas del punto Llanos No. 3-A, son las siguientes: Latitud, cuarenta grados, cuarenta y siete minutos, treinta segundos con siete décimos de segundo Norte (40° 47' 30.7" N.). Longitud, setenta y un grados, veinte minutos, ocho segundos con un décimo al Oeste de Greenwich (71° 20' 08.1" W. de G.). Del punto de partida A (Ll. No. 3-A) se sigue una línea recta con un rumbo de Norte de setenta y cinco grados, treinta y cuatro minutos, cuarenta y cinco segundos Este (N. 75° 34' 45" E.) y una longitud de treinta y cuatro mil quinientos noventa y ocho (34.958) metros hasta el punto B. Del punto B se sigue una línea recta con rumbo de Norte diez y siete grados, cero minutos Oeste (N.

17° 0' W.) y una longitud de cuarenta y ocho mil ciento noventa y ocho (48.198) metros hasta el punto C. Del punto C se sigue una línea recta con un rumbo Sur de sesenta y un grados, cincuenta y cinco minutos, cuarenta y siete segundos Oeste (S. 61° 55' 67" W.) y una longitud de cincuenta y un mil ciento cuarenta y cuatro (51.144) metros hasta el punto D. Del punto D se sigue una línea recta con un rumbo Sur de sesenta y un grados, cero minutos Este (S. 61° 0' E.) y una longitud de cuarenta mil (40.000) metros hasta volver al punto de partida A, cerrando así el perímetro del lote. Todos los rumbos están referidos al meridiano astronómico en el punto de observación Llanos No. 3-A”.

Esta propuesta fue traspasada por el señor Pava del Basto a la Compañía Petrolera de Rionegro, y el Ministerio en Resolución ejecutoriada (f. 14, c. 2) aceptó el traspaso o cesión y ordenó que la tramitación del negocio continuara con el cesionario.

Dentro del término legal el doctor Jesús Echeverri Duque, obrando como apoderado de Angélica Elicechea de Reyes y de Rafael Reyes Elicechea, presentó oposición a la propuesta de contrato de que viene hablándose por considerar a sus poderdantes propietarios de una parte del subsuelo petrolífero de las tierras individualizadas según los linderos transcritos arriba. La presentación de la oposición dicha motivó el envío a la Corte del negocio, de conformidad con lo prevenido en el artículo 5° de la ley 160 de 1936. La Sala ha dado al juicio la tramitación señalada en el mismo artículo de la ley 160 y procede a decidir si son o no fundadas las pretensiones de los opositores.

Debe definirse en el presente juicio, breve y sumariamente, si es o no fundada la pretensión de la parte opositora; es decir, si los títulos en que se apoya sirven para demostrar que el subsuelo petrolífero de las tierras conocidas con el nombre de “El Tigre” situadas en jurisdicción de los municipios de Trinidad y Orocué, es de propiedad privada, y si existe superposición en todo o en parte, de las mencionadas tierras con las a que se refiere la propuesta de la Compañía de Petróleos de Rionegro.

En el artículo 10 de la ley 160 de 1936 se define como "de propiedad particular el petróleo que se encuentra en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal".

Los opositores, con el fin de probar el derecho que alegan sobre el subsuelo, presentaron ante el Ministerio de Minas y Petróleos varios documentos, casi todos traslaticios de dominio entre particulares, menos uno expedido el 12 de mayo de 1846 por el Notario Público de Pore que trata de una "venta en pública almoneda" de 14.190 hectáreas de tierras baldías, y un certificado sobre adjudicación de otras, expedido por la Gobernación de la provincia de Casanare el 10 de diciembre de 1856. Pasa la Sala a examinar los dos títulos enunciados.

#### Título de 12 de mayo de 1856

En la escritura de 12 de mayo de 1856 se hizo constar que "en Moreno a treinta de abril de mil ochocientos cincuenta i cinco, siendo las doce del día i hora señalada para celebrar la venta en pública almoneda de catorce mil ciento noventa hectáreas de tierras valdías propuestas en contra por los señores Liccione i Gerard, i estando presentes los señores Gobernador de la Provincia i Administrador de Correos, se procedió a dar los pregones...." que "dados por diez veces los pregones.... se presentó el señor Antonio Liccione i a nombre de Liccione i Gerard i ofreció su postura que fue la de cubrir el valúo;... i por no haberse presentado otro postor, se declaró celebrada la venta de las sabanas mencionadas a favor de Liccione i Gerard". Consta en la misma escritura que el poder ejecutivo aprueba tal remate, por hallarse el expediente arreglado a las disposiciones Legislativas y Ejecutivas vigentes"; y "en consecuencia quedó hecha la adjudicación definitiva de catorce mil ciento noventa hectáreas a los señores Liccione i Gerard o a quien sus derechos represente en el distrito de Cafifí i cuya posición topográfica está demarcada por la siguiente esposición de los señores agrimensores....". Igualmente consta que los rematantes consignaron al Administrador Principal de Correos de Casanare la suma de "22 ps. 27 cvos." por el valor de las mentadas tierras; que los señores Liccione y Gerard acudieron al Juez del Circuito de Moreno para que éste les diera posesión judicial, y que con fecha 22 de marzo de 1856 les fue dada dicha posesión.

#### Los linderos del título

En las diligencias de remate no se señalaron linderos y solamente consta en ellas que las tierras estaban "ubicadas en jurisdicción del distrito de Cafifí, las cuales se nominan 'Estero de los Chiguieres i Banco de los Britenes i Rincó de Cuririba'; pero los agrimensores Lorenzo Carrero y Juan de Dios González, después de hacer una relación detallada de la forma como practicaron la diligencia, dan los siguientes linderos: "... por el norte el caño de Gandul, por el Este, terreno valdío, por el Sur el río Guanapalo, i por el Oeste, este mismo río terreno de la propiedad del señor Felipe Briceño y terreno de propiedad del señor Antonio Liccione". En la diligencia de posesión se dan al predio linderos que se especifican así: "por el Norte desde el lindero del terreno del señor Felipe Briceño siguiendo el lindero del señor Antonio Liccioni hasta dar con la estremidad oeste del monte del caño Cuririba; de allí siguiendo el mismo lindero hasta dar con el caño Gandul, en el sitio denominado Hatoviejo, de allí aguas abajo del caño Gandul o Ulere hasta dar con el paso de San Pablo, en dirección del río Guanapalo, pasando cerca de la estremidad oeste del monte del caño denominado Majagua, atravesando el caño Chapparral o morichal Cerca a su Conflión (sic) con el río Guanapalo, por el sur aguas arriba por el río Guanapalo hasta dar con el lindero del señor Felipe Briceño, i por el Oeste, el terreno del señor Felipe Briceño, hasta dar con el terreno del señor Liccione, i del terreno de este señor hasta dar con el citio de Hatoviejo".

Con respecto a los linderos de estas tierras se expresa así la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, a folios 66 v. y siguientes del cuaderno No. 1: "Estos últimos linderos que no fueron recorridos por el Juez que daba la posesión, ni por sus acompañantes, ya que la diligencia se llevó a cabo en un solo día, (el 23 de marzo de 1856), discrepan fundamentalmente de los descritos por los agrimensores y muestran también serias deficiencias en su enunciado, pues fijan como parte límite norte: 'Desde el lindero del terreno del señor Felipe Briceño siguiendo el lindero del señor Antonio Liccioni hasta dar con la estremidad oeste del monte del caño de Cuririba; de allí siguiendo el mismo lindero hasta dar con el caño Gandul, en el sitio denominado Hatoviejo', y esta misma descripción se da para el lindero occidental al decir que 'por el oeste el terreno del señor Felipe Brice-

o, hasta dar con el terreno del señor Liccioni, y el terreno de este señor a dar con sitio de Hatojejo', o sea que una misma línea de lindero tiene la vez direcciones W-E y S.N, lo que es inadmisiblemente. Además, en estos linderos no se indica entre qué puntos precisos fue establecido el oriental, o este, y si, como parece, se toma por límite oriental la línea que partiendo del 'paso de San Pablo' en el caño Gandul?) va al río Guanapalo, vemos que esta línea pasa 'cerca de la extremidad oeste del monte del caño denominado Majagua, atravesando el caño del Chaparral o Morichal serca a su confluencia con el río Guanapalo', y según la alineación dada por los agrimensores y la mensura que éstos llevaron a cabo, el único caño que hacen figurar dentro del lote es el 'Cuririba' que fue cruzado 'serca de su embocadura al Guanapalo' por la 'segunda línea en la altura' que se midió".

A las anteriores observaciones hechas por la Sección Técnica del Ministerio, debe agregar la Sala la de que la parte opositora no presentó, ni dentro del trámite administrativo, ni en el de este juicio, siquiera un croquis que diese una idea sobre la localización de las tierras rematadas por Liccioni y Gerard en 1846. Los linderos que trae el título de que se viene tratando no son arcifinios, por lo que no constituyen líneas estables e inequívocas, y al no tener anotados sus rumbos, puede dibujarse con ellas como lo observa la Sección Técnica del Ministerio "un número infinito de figuras, lo que comprueba su imprecisión".

Las consideraciones anteriores hacen ver que por los datos que el expediente aporta sólo puede deducirse que el lote de 14.190 hectáreas queda ubicado entre el río Guanapalo y el caño Gandul, conclusiones que son insuficientes para identificar geográficamente las tierras que se dice salieron del patrimonio del Estado y la posible superposición entre éstas y las de la propuesta.

#### Certificado de 10 de diciembre de 1856

El Gobernador de la provincia de Casanare expidió el diez de diciembre de 1856 un certificado en el que consta que "en 11 de mayo de 1852 adjudicó la Gobernación al señor Antonio Liccioni a título de concesión, tres mil seiscientas fanegadas de tierras baldías en las sabanas denominadas "El Tigre" en jurisdicción del distrito parroquial de la Trinidad, i que esta adjudicación hecha con todas las formalidades legales, ha recibido posteriormente la aprobación definitiva del poder ejecutivo".

#### Linderos y ubicación de las 3.600 fanegadas

Al hacer la adjudicación el Gobernador de Casanare dispuso que se midieran las sabanas de "El Tigre" "desde el punto donde termina la que se ha concedido al señor Felipe Briceño, que será el primer lindero i los restantes hasta donde alcance la medida, para cuya práctica se nombra a los señores Tomás Brito y Juan de Dios Carrisales" (u Olivera). Los agrimensores, en compañía del Alcalde de la parroquia de Trinidad y de los actuarios, practicaron la siguiente diligencia que lleva fecha 11 de febrero de 1852: "...se principió la operación por reconocer primero el punto donde terminó la mensura del terreno asignado al señor Felipe Briceño i se encontró que está demarcado con un botalón que se encuentra en la costa de la cañada de los Lechemieles distante de otro que hay más arriba, i de aquí atravesando la línea recta hacia la costa del caño de Guanapalo hasta donde se encuentra otro botalón en medio de la sabana. Habiéndose medido esta línea se encontró que tiene cincuenta y cinco cuerdas de a cien varas cada una y para completo de sesenta se han imaginado cinco cuerdas de cien varas que habrá en línea recta del botalón de la cañada que habrá en línea recta del botalón de la cañada mencionada a dar al río Pauto, cuya distancia solo ha podido calcularse, porque esta costa es absolutamente inaccesible i de monte alto i grueso; quedando así demarcado el primer costado o cabecera por la parte del poniente. Desde el punto mencionado para abajo a lo largo de la sabana se midieron sesenta cuerdas de a cien varas cada una; y en el extremo de esta línea se demarcó otra línea por travecia, que principia desde un botalón que se encuentra en la costa de los derrames de la misma cañana de Lechemieles en el sitio donde llaman 'El Rincón', atravesando la sabana en línea recta hacia la costa del caño de Guanapalo a dar con otro botalón que se puso en la sabana cuya línea se midió de a cincuenta i cinco cuerdas de a cien varas, cada una i para completo de sesenta cuerdas de a cien varas que debiera tener, se le agregan cinco cuerdas que se han calculado que habrá del botalón del Rincón en línea recta al río Pauto, cuya costa es imposible mensurar por la razón que ya queda expuesta; pero que es necesario tenerla en cuenta porque en toda esta sabana no hay otro terreno de labor".

La Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos hace las siguientes consideraciones sobre la ubicación de este predio: "Como no se pre-

senta el plano de estas tierras y como en los mapas de que dispone este servicio solo se puede identificar —de los datos que anteceden— el río Guanapalo, que no es linderero, y el río Pauto que se menciona como linderero norte pero sin precisarse entre qué puntos, es forzoso concluir que falta la prueba sobre determinación precisa del terreno de que se trata. Además la mensura no se contrajo a demarcar el perímetro cerrado del lote, sino sólo a levantar una base de seis mil varas cuyos extremos fueron demarcados por medio de sendos botalones que se colocaron en la costa de la cañada de los Lechemieles, y de estos botalones se midieron sendas líneas rectas hacia la costa del caño de Guanapalo, de 5.500 varas de largo cada una, pero sin indicar el rumbo de estas líneas, y a imaginar que de los extremos de la base al río Pauto habría unas quinientas varas, suposición ésta que resulta infundada, por cuanto los agrimensores dan como excusa para no haber medido esos trayectos el 'que esta costa es absolutamente inaccesible i de monte alto i grueso', lo que está indicando que no les permitía ver el Pauto y en consecuencia carecían de base para apreciar la distancia a que corría este río". Igualmente observa el Ministerio que el área calculada por los agrimensores fue de 3.600 fanegadas, o sean 2.304 hectáreas, pero que este valor es solo teórico ya que no, es el resultado de lo analítico o gráfico de lo medido en el terreno; y que lo encerrado por los cuatro botalones apenas da una cabida de 2.112 hectáreas, siempre que se hubiera demarcado un cuadrado y que la mensura se hubiera hecho en proyección horizontal y no a cabuya pisada como era la costumbre en aquellos tiempos.

Las anteriores observaciones sobre linderos, cabida y ubicación de que se viene hablando fueron hechas por la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, y teniendo a vista los croquis y planos levantados por el proponente del contrato, así como los mapas elaborados por la Oficina de Longitudes. La parte opositora se limitó a presentar dentro del trámite administrativo los títulos a que se ha hecho referencia arriba, como emanados del Estado, y otras copias auténticas sobre transacciones entre particulares y constitución

de sociedades sobre esos terrenos; pero no presentó mapas ni planos en que pueda observarse la localización de las tierras ni aportó otros elementos de juicio tendientes a aclarar la ubicación y la cabida de las mismas. Ante la Corte la única solicitud del apoderado es un memorial en que se ratifica la oposición y se pide que el negocio se abra a pruebas; pero no se solicitó la práctica de ellas ni se presentó alegato alguno sustentando las pretensiones de la oposición. Así la Sala se encuentra frente a un concepto técnico, aparentemente fundado, que formula los serios reparos que se dejan expuestos, los que sólo podrían desvirtuarse aduciendo en su contra pruebas del mismo carácter, es decir, técnicas, que por su valor científico fueran capaces de desvirtuar las que se dejan transcritas arriba. La Sala no niega eficacia a los títulos aducidos por los opositores para probar que los terrenos de "El Tigre" salieron del patrimonio nacional; aunque tampoco se pronuncia sobre el particular por no ser necesario, ya que la determinación precisa del terreno a que se refiere la oposición no se ha hecho, por lo cual los títulos aducidos son actualmente inoperantes.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no fundadas legalmente las oposiciones de Rafael Reyes Elicechea y Angélica Elicechea de Reyes a la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional de Arturo Pava del Basto, traspasada posteriormente a la Compañía de Petróleos de Rionegro, en terrenos situados en jurisdicción del municipio de Orocué en el Departamento de Boyacá, del Corregimiento de San José de Ocué en la Comisaría del Vichada, y del Corregimiento de San Pedro de Arimena en la Intendencia Nacional del Meta.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase e

expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Amalbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Ramón Miranda. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL. — CASOS EN QUE LA ABSOLUCION O EL SOBRESSEIMIENTO DEFINITIVO PROFERIDOS EN EL PRIMERO NO IMPIDEN EL EJERCICIO DE LA ACCION ANTE LA JURISDICCION CIVIL.

En el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal se ha establecido que la acción civil no podrá proponerse ante la jurisdicción civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo ejecutoriado que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Contempla el artículo citado tres únicas causales de extinción de la acción civil como consecuencia del pronunciamiento penal: que el ilícito delictuoso o culposo no ha existido; que la persona procesada no lo cometió; o que, habiéndolo cometido, procedió en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

En estos casos, la resolución absolutoria produce el efecto de extinguir la fuente generadora de la obligación de reparar los perjuicios causados por el ilícito. Si la infracción de donde se pretende derivar un daño patrimonial o moral no se ha configurado, o si, habiendo existido, aparece que su autor es persona distinta del inculpado; o bien, si se absuelve a éste de toda responsabilidad porque hubiere obrado dentro del supuesto en que la ley justifica el acto, quitándole todo carácter de delictuoso, dentro del rigor del indicado precepto carecería de causa cualquiera acción encaminada a obtener la reparación del daño privado, puesto que éste jurídicamente no se ha conformado.

En el presente litigio la jurisdicción competente no ha desconocido, sino, por el contrario, afirmado, que se ejecutó la muerte violenta de un individuo, de la cual es autor material el empleado público nacional Carlos Sáenz P.; y, de otro lado, la absolución en su favor proferida no se debe a que hubiera procedido en cumplimiento de un deber — como, por ejemplo, si hubiera tratado de

evitar la comisión de un delito—, o en ejercicio de una facultad legítima, como en el caso de legítima defensa, o en alguno de los demás en que la ley quita al hecho material su carácter de punibilidad y, por consiguiente, de entidad generadora de un daño civilmente reparable.

Las pruebas que apreció el Tribunal en los pasajes transcritos de su sentencia, lo mismo que las del Juzgado de primera instancia, son afirmativas y rotundas en cuanto niegan toda intención dolosa en el agente activo de la infracción, pero están inspiradas en la duda respecto a la simple culpa o imprudencia que hubiera podido determinar el acto causante de la muerte de Vidal Caicedo. En esta situación optaron los juzgadores por la absolución, fundados en el dictamen del jurado y en la ausencia de pruebas suficientes para destruir su evidencia, lo cual encaja perfectamente dentro de los principios que dominan el juzgamiento penal.

En tales condiciones, y si por tal motivo la sentencia que puso fin a la actuación penal hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad criminal del autor material del acto, en cambio este pronunciamiento absolutorio no es obstáculo para que a su vez la jurisdicción civil examine si existe o no una culpa o falta que acarree para él mismo, o para la persona o entidad que tiene el deber jurídico de responder por él, la responsabilidad de orden civil que su hecho comporta. En otros términos, la ausencia de pruebas que llevaron tanto al Juzgado como al Tribunal a aceptar el veredicto absolutorio proferido por el Jurado, no impide que se examine aquí la culpa de orden civil que se controvierte por las partes ante la Corte. Esto debe ser así desde luego que el acervo probatorio si bien puede ser insuficiente o inidóneo para deducir una sanción penal al procesado, en cambio puede llegar

a configurar la responsabilidad civil del mismo; y esto es mucho más evidente cuando media la culpa simplemente presuntiva, la cual —como es obvio— no juega papel ninguno en la acción penal, pero que para la civil la ha establecido la jurisprudencia de la Corte al hacer la interpretación del artículo 2356 del Código de la materia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda)

Mediante fallo que lleva fecha 21 de febrero de 1944, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda presentada por Dora Elvia Ramírez de Caicedo y Vidal Albin Caicedo, su hijo, contra el Estado colombiano para que se le declare responsable de la muerte del señor Vidal Caicedo, esposo de la primera de los demandantes y padre del menor nombrado, acaecida por causa de la herida que le ocasionó el detective Carlos Alberto Sáenz y para que se cubriera a los actores los perjuicios materiales y morales, así: por el perjuicio material sufrido por la viuda, la cantidad de treinta mil pesos; por el moral y para la misma, diez mil pesos; e iguales cantidades por los mismos conceptos en lo que respecta al hijo.

Subsidiariamente se hizo la solicitud de las precitadas declaraciones pero a favor de la sucesión y sociedad conyugal ilíquida de Vidal Caicedo, representada la primera por su hijo Vidal Albin Caicedo y la segunda por la cónyuge superstite Elvia Ramírez de Caicedo.

Resuelto el litigio en la primera instancia en favor del Estado colombiano, los demandantes interpusieron el recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, entidad que le ha dado el trámite previsto en las disposiciones legales pertinentes, y que para fallar consigna las consideraciones que siguen:

Encontró el Tribunal en su sentencia que estaban acreditados todos los hechos que conforman la demanda "con excepción del que en el libelo aparece marcado con el numeral 4º, en cuanto expresa que el detective o empleado del Gobierno Nacional se encontraba en las dependencias del Departamento de Detectivismo o de investigación travesiando o ensayando un revólver o arma de fuego de propiedad de la Nación, saliendo acto

seguido un disparo que ocasionó la muerte a Vidal Caicedo".

En resumen, para el sentenciador de primer grado no existe demostración de que la muerte del señor Caicedo se debiera a un disparo hecho por el detective Sáenz ni que éste, en el momento de producirse el suceso, estuviese en funciones propias de su cargo de detective, ni finalmente que su conducta fuera imprudente.

En esta ausencia de probanzas idóneas está fundada la resolución absolutoria, materia de la alzada que ahora se decide: y en vista de esto, la parte actora trató de mejorar su posición probatoria en la segunda instancia para lo cual adujo algunos documentos y solicitó varios testimonios y certificaciones, así como la práctica de una diligencia pericial destinada a avaluar los perjuicios que se reclaman del Estado.

En su alegato ante la Corte, se refiere el señor Procurador Delegado en lo Civil a este punto para manifestar lo que se transcribe en relación con las copias expedidas por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, únicas piezas con que el apoderado de los demandantes intentó suplir la deficiencia probatoria que el Tribunal anotó en su fallo:

"Los hechos fundamentales que el H. Tribunal no encontró debidamente acreditados no quedaron en realidad demostrados tampoco con las declaraciones recibidas en primera instancia. En efecto: el testigo Luis Antonio Casasbuenas (f. 21, cuad. 2) relata el accidente de acuerdo con lo que le "contaron" los interesados. Otro tanto sucede con el testigo Zacarías Martínez Reyes (f. 22 v. ib.). También la declarante Marta Morales (f. 30 v. ib.) declara por referencias. El testigo Miguel Feigel no relata el accidente. Tampoco lo relata la declarante Priscila Casasbuenas Ramírez de Feigel. Por último, el testigo Jorge Flórez García (f. 38 v. cuad. 2) se hallaba en Muzo cuando ocurrió el accidente. En suma, que los testigos de primera instancia no presenciaron el accidente ni vieron cómo sucedió éste, ni si el detective Sáenz estaba o no desempeñando su cargo cuando, según se afirma, dio muerte al señor Vidal Caicedo.

En resumen, la parte demandante no demostró en la primera instancia cómo ocurrieron los hechos en que fundó su acción, pues no probó cómo se había desarrollado la tragedia. De tal manera que no quedó acreditado dónde ocurrió ella, en qué forma pereció el señor Caicedo, quién disparó el arma de fuego que le dio muerte ni si la persona que le dio muerte fue el detective Sáenz

ni, en caso afirmativo, si éste desempeñaba, en ese momento preciso, sus funciones de empleado nacional.

Con tales deficiencias probatorias, la absolución hecha por el Tribunal fue apenas lógica.

Pero si la situación probatoria no mejoró en la segunda instancia apreciablemente, es cierto que, como en la primera, la parte actora se preocupó mucho por acreditar el monto de los perjuicios y, a tal fin, se practicó un dictamen pericial que más tarde fue ampliado, pero como es obvio, procede estudiar primero si es el caso de decretar la indemnización solicitada y solo después entrar a analizar el monto de esa posible indemnización. Sin contar, pues, las pruebas referentes al monto del perjuicio, las aducidas en segunda instancia fueron las siguientes:

a) Una fotografía (f. 10 cuad. 4) que nada demuestra, y

b) Unas copias expedidas por el Juzgado Segundo Superior de Bogotá.

En tales copias se reproducen las declaraciones rendidas, en el proceso penal en que aparece como sindicado de la muerte de Vidal Caicedo el detective Sáenz, por Luis Alberto Marín Zúñiga, María de Jesús Nuria de Marín, Mario Roldán y algunos otros (declaraciones visibles a folios 14 v. y ss. cuad. 4). Sin necesidad de analizarlas en su fondo, por ser ello improcedente, la Procuraduría se limita a observar que declaraciones rendidas en tal forma, dentro del juicio penal, no pueden hacerse valer dentro de este juicio civil. Para que una declaración tenga el carácter de prueba en un juicio civil como éste se requiere que haya sido rendida dentro del respectivo término probatorio o que, no habiendo sido recibida así, el testigo se ratifique expresamente en lo dicho en otra ocasión. Los declarantes mencionados no se han ratificado dentro del juicio civil. Así, pues, las citadas declaraciones obran en autos sin intervención de la parte demandada. Esta parte no habría podido contrainterrogar a tales declarantes. La prueba ha sido practica sin citación y audiencia, y, por lo mismo, carece de todo valor probatorio.

Tales declaraciones deben ser valoradas por el respectivo Juez Penal. Nada tienen ellas que ver con el juicio civil, dentro del cual no han sido recibidas en forma legal.

Obra también en copia (f. 24 cuad. 4) el auto proferido por el Juzgado Segundo Superior con fecha 21 de mayo de 1943, por medio del cual tal Juzgado "llama a responder en juicio criminal por los trámites en que interviene el jurado a Carlos

Alberto Sáenz Prado por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Vidal Caicedo Luna, mediante una herida causada con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre, hecho ocurrido en esta ciudad el treinta y uno de agosto próximo pasado....".

Este auto, como es bien sabido, tiene un valor muy reducido. No se trata de una sentencia. El fallo definitivo puede absolver al sindicado. De tal modo que el Juez civil no puede basar su sentencia en tal auto, aceptando, por lo dicho en él, que el señor Sáenz mató al señor Caicedo".

Además de estas observaciones, el señor Agente del Ministerio Público formuló la solicitud de que, con apoyo en el artículo 11 del C. de Procedimiento Civil, se decretara por la Corte la suspensión del juicio civil hasta cuando la parte actora acreditara que en la acción penal adelantada contra Carlos Alberto Sáenz por la misma causa se definiera el origen de la muerte de Caicedo y la consiguiente responsabilidad del procesado.

En providencia de 29 de agosto de 1945, confirmada por la de 11 de octubre del mismo año, la Sala accedió a la anterior solicitud; y de ahí que el presente juicio estuviera en suspenso hasta el 22 de octubre último, fecha en la cual llegaron al despacho de la Corte las sentencias definitivas dictadas por el Juzgado 2º Superior de esta ciudad el 22 de enero de 1947, por medio de la cual se absuelve a Carlos Alberto Sáenz Prado por el delito de homicidio que se le imputara con motivo de la muerte de Vidal Caicedo Luna, y la de segundo grado originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirma la del Juzgado.

Habiéndose, pues, cumplido en su integridad las exigencias del artículo 11 del Código de Enjuiciamiento Penal no hay obstáculo de ningún género para definir la acción civil, teniendo en cuenta las propias probanzas de ésta y las resultantes del juicio criminal.

Relata el Juzgado del conocimiento que Carlos Alberto Sáenz P., quien ocupaba el cargo de detective y en los instantes del acontecimiento ejercía sus funciones en el Departamento de Información de Bogotá, hubo de empuñar un revólver para obligar a Luis Alberto Marín Zúñiga a que entrara a la oficina con el objeto de sancionarlo por haber proferido expresiones ofensivas contra el cuerpo de detectives con ocasión de algún incidente que acababa de ocurrir, y el relato del cual carece de interés aquí, resultando de esto que como aquél se resistiera "y procurara evitar la boqui-

lla del revólver que usara Sáenz el arma se disparó causando la muerte de Caicedo Luna”.

El Juzgado tuvo en cuenta para llegar a esta conclusión las deposiciones de los testigos presenciales y la propia confesión del encausado; y de su parte los jurados de conciencia negaron la responsabilidad penal del autor material del hecho, vedito que fue aceptado en la sentencia. Se dice en ésta que Sáenz no tuvo intención de disparar el arma y que “como Marín se resistiera a cumplir la orden de arresto y forcegeo (sic) para esquivar la boquilla del arma, ésta se disparó en el momento en que ese forcegeo se verificaba incidente que no pudo prever el encausado y que se realizó sin culpa de su parte”.

El Tribunal se expresa así en lo conducente: “...Transcurridos otros incidentes Sáenz salió con revólver en mano, tomó por un brazo a Luis Alberto Marín Zúñiga y con la misma arma que empuñaba, empujaba a Zúñiga hacia dentro del edificio, dándole hurgones con el arma y diciéndole: “a la autoridad así no se ultraja”. Así las cosas salió un disparo que hizo blanco en la persona de Vidal Caicedo, quien estaba en el andén del edificio, y cayó muerto instantáneamente...”. “Indagatorio Carlos Alberto Sáenz expresó que Luis Alberto Marín Zúñiga se resistió y que al empujarlo por la espalda, seguramente se enredó el revólver en los pliegues del saco americano que vestía, salió la detonación y al rato gritaron: “mató a aquél hombre”.

En cuanto a la culpabilidad del homicida, agrega la sentencia del Tribunal: “...se establece que tal vez pudo ser imprudente a primera vista Carlos Alberto Sáenz al colocarle su revólver por la espalda al detenido, pero también no debe olvidarse que el tal Zúñiga trató de resistir las órdenes de la autoridad, se formó una especie de lucha entre los dos y quizá en ese momento el arma se disparó, e hizo blanco en la pobre víctima, que estaba descuidada, en algún sitio del edificio. El fallo del Tribunal de conciencia hay que aceptarlo en toda su integridad, porque no se encuentran elementos que pudieran servir para declararlo contra evidente, porque todas las pruebas indican que el agente activo del delito no tuvo la culpabilidad que exige la ley y ante ese evento debe absolversele”.

Tanto de lo que se ha transcrito, cuanto de las declaraciones testimoniales de la causa, se desprende sin lugar a la menor duda que cuando el accidente se produjo el detective Sáenz P. ejercía un acto propio de sus funciones oficiales en la

Oficina de Información, lo que implica que, si obró con culpa al causar la muerte de Vidal Caicedo, comprometería la responsabilidad de la administración a cuyo servicio estaba. No puede tratarse de un acto personal de aquél, porque para ello sería necesario establecer que su actuación se cumplió por un estímulo distinto al de las funciones que le incumbían como encargado de la oficina mencionada, y ya se ve que sólo quiso detener, por un motivo fundado o no, a un ciudadano produciendo de esta manera la muerte de otro.

Esta consideración preliminar obliga a la Sala a examinar las consecuencias de la sentencia absolutoria en lo penal, particularmente en cuanto pueda entenderse que niega toda culpabilidad del agente por el hecho de la muerte que causó; y si esa absolución impide al resarcimiento del daño que se reclama del Estado mediante el ejercicio de la acción civil que aquí se decide; o en otras palabras, el grado de la influencia que la decisión de los jueces penales tiene en el litigio civil que ante la Corte se ventila.

A este propósito ha establecido el Código de Procedimiento Penal (artículo 28) que la acción civil no podrá proponerse ante la jurisdicción civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo ejecutoriado que la infracción en que se funda aquélla no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Contempla el artículo citado tres únicas causas de extinción de la acción civil como consecuencia del pronunciamiento penal: que el ilícito delictuoso o culposo no ha existido; que la persona procesada no lo cometió; o que, habiéndolo cometido, procedió en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

En estos casos, la resolución absolutoria produce el efecto de extinguir la fuente generadora de la obligación de reparar los perjuicios causados por el ilícito. Si la infracción de donde se pretende derivar un daño patrimonial o moral no se ha configurado: o si, habiendo existido, aparece que su autor es persona distinta del inculpado; o bien, si se absuelve a éste de toda responsabilidad porque hubiere obrado dentro del supuesto en que la ley justifica el acto, quitándole todo carácter de delictuoso, dentro del rigor del indicado precepto carecería de causa cualquiera acción encaminada a obtener la reparación del daño privado, puesto que éste jurídicamente no se ha conformado.

En el presente litigio la jurisdicción competente no ha desconocido, sino, por el contrario, afirmando, que se ejecutó la muerte violenta de un individuo, de la cual es autor material el empleado público nacional Carlos Sáenz P.; y, de otro lado, la absolución en su favor proferida no se debe a que hubiera procedido en cumplimiento de un deber —como, por ejemplo, si hubiera tratado de evitar la comisión de un delito— o en ejercicio de una facultad legítima, como en el caso de legítima defensa, o en alguno de los demás en que la ley quita al hecho material su carácter de punibilidad y, por consiguiente, de entidad generadora de un daño civilmente reparable.

Las pruebas que apreció el Tribunal en los pasajes transcritos de su sentencia, lo mismo que las del Juzgado de primera instancia, son afirmativas y rotundas en cuanto niegan toda intención dolosa en el agente activo de la infracción, pero están inspiradas en la duda respecto a la simple culpa o imprudencia que hubiera podido determinar el acto causante de la muerte de Vidal Caicedo. En esta situación optaron los juzgadores por la absolución, fundados en el dictamen del jurado y en la ausencia de pruebas suficientes para destruir su evidencia, lo cual encaja perfectamente dentro de los principios que dominan el juzgamiento penal.

En tales condiciones, y si por tal motivo la sentencia que puso fin a la actuación penal hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad criminal del autor material del acto, en cambio este pronunciamiento absolutorio no es obstáculo para que a su vez la jurisdicción civil examine si existe o no una culpa o falta que acarrée para el mismo, o para la persona o entidad que tiene el deber jurídico de responder por él, la responsabilidad de orden civil que su hecho comporta. En otros términos, la ausencia de pruebas que llevaron tanto al Juzgado como al Tribunal a aceptar el veredicto absolutorio proferido por el Jurado, no impide que se examine aquí la culpa de orden civil que se controvierte por las partes ante la Corte. Esto debe ser así desde luego que el acervo probatorio si bien puede ser insuficiente o inidóneo para deducir una sanción penal al procesado, en cambio puede llegar a configurar la responsabilidad civil del mismo; y esto es mucho más evidente cuando media la culpa simplemente presuntiva, la cual —como es obvio— no juega papel ninguno en la acción penal, pero que para la civil la ha establecido la jurisprudencia de la Cor-

te al hacer la interpretación del artículo 2356 del Código de la materia.

Y es éste precisamente el caso de autos, porque prescindiendo de las probanzas según las cuales resulta que la conducta del detective Sáenz no fue lo suficientemente prudente al sacar el arma e intimidar con ella a un ciudadano en un sitio público sin prever las consecuencias de su acto, ocasionando con ello la muerte de un transeúnte, lo cual bastaría para estructurar una culpa de carácter civil, por otra parte existe una presunción de culpabilidad porque el manejo de un arma de fuego constituye una actividad por sí misma peligrosa, para descargarse de la cual debe el demandado dar la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, o la intervención de una fuerza extraña dentro de la cual se comprende la imprudencia de la propia víctima, y ninguno de estos elementos aparecen en el presente litigio.

Por tales motivos, la Sala considera que la culpabilidad civil del detective Sáenz no puede ser negada y que de las consecuencias de su acto debe responder la entidad pública demandada.

El otro elemento conformativo de la responsabilidad civil —el daño— no es discutible en este pleito, pues los demandantes, en sus respectivas calidades de mujer legítima y de hijo de la víctima han sufrido los perjuicios resultantes de la privación de los recursos pecuniarios que el occiso les suministraba para su subsistencia. Hay en el proceso abundantes pruebas de que el señor Vidal Caicedo era un hombre dedicado al trabajo, y excelente jefe de hogar que con los rendimientos de las actividades a que se dedicaba atendía a las necesidades de su familia. El perjuicio patrimonial de ésta debe serle, pues, reconocido, en la forma que en seguida se expresa.

Para estimar pecuniariamente el daño sufrido por los demandantes se produjo en el juicio una diligencia pericial; pero como en ella los expertos partieron de bases diferentes para la regulación sus conclusiones numéricas también difieren. De otro lado, el dictamen no está lo suficientemente fundado o, por lo menos, así se observa en algunos de los capítulos que lo integran y de ahí que la Sala no lo acoja y más bien opte por hacer una condenación **in abstracto**, señalando al efecto las siguientes bases, para el justiprecio del daño:

a) El rendimiento económico del señor Vidal Caicedo a la época de su muerte; b) El monto de las sumas con que contribuía mensualmente para la subsistencia de los demandantes; c) La probable supervivencia de la señora Elvia Ramírez de

Caicedo; d) El costo probable del sostenimiento del menor Albín Caicedo y de la educación del mismo hasta la época en que cumpla los veintiún años de edad, teniendo en cuenta para ello las condiciones sociales y pecuniarias del occiso.

Esto en cuanto al daño material, que en cuanto al moral, la indemnización será la siguiente: la demandante tiene derecho al resarcimiento del daño moral subjetivo, desde luego que la muerte de su esposo en las condiciones en que ésta se cumplió debió lesionar muy gravemente su patrimonio afectivo, y, en tales circunstancias, cabe señalar el máximun permitido por la ley.

No ocurre lo mismo con respecto al menor, porque, dada su pequeña edad, no hay ocasión a presumir que se ha causado un perjuicio de naturaleza moral.

Tampoco el daño moral objetivado se ha producido aquí, o por lo menos no resulta acreditado de las constancias procesales y, por tanto, se impone una absolución por este concepto en lo que respecta a ambos demandantes.

En razón de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo de primera instancia expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y, en su lugar resuelve:

1º.—Declárase al Estado colombiano responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes a causa de la muerte violenta del señor Vidal Caicedo Luna, la cual se produjo en esta ciudad el día primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos;

2º.—En consecuencia, se condena a la persona pública demandada, el Estado colombiano, a pagar a la señora Elvia Ramírez de Caicedo y a Albín Caicedo, en sus calidades respectivas de viuda e hijo legítimo del occiso, los daños materiales por ellos sufridos, y de acuerdo con la parte motiva del presente fallo. La regulación correspondiente se hará de acuerdo con el trámite del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

3º.—Condénase a la misma entidad a pagar a la señora Elvia Ramírez de Caicedo, la cantidad de dos mil pesos(\$ 2.000.00) moneda corriente, por concepto del daño moral subjetivo.

4º.—Absuélvese a la persona pública demandada de los demás cargos que se le formulan en el presente juicio.

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

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Arribal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Ramón Miranda. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en propiedad.

## DIREMPCION DE UNA COLISION DE COMPETENCIAS

A partir de la vigencia de la ley 67 de 1943 que dispuso en su artículo 4º que el conocimiento de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos departamentales o municipales corresponde al respectivo Tribunal Administrativo, en única instancia, cuando la cuantía de la acción sea menor de quinientos pesos, y en primera cuando exceda de esa cuantía, la justicia ordinaria perdió la jurisdicción y competencia para entender de esos asuntos, y, por ende, cualquier actuación posterior de la misma queda afectada de nulidad, la cual debe ser declarada o decretada por el mismo funcionario que actuó sin jurisdicción o por el superior jerárquico cuando así lo advierta o deba advertirlo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Procede esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a decidir el incidente, sobre competencia negativa, que se ha suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y el Tribunal Administrativo de Caldas en el incidente de excepciones dentro del juicio ejecutivo seguido por la Tesorería de Rentas de Riosucio contra el señor Crisanto Álvarez L.

## Antecedentes

La Tesorería de Rentas de Riosucio, Departamento de Caldas, con base en los alcances líquidos deducidos por la Contraloría Departamental de Caldas, confirmados por el Tribunal Administrativo de allí, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el señor Crisanto Álvarez L., por la cantidad de dos mil seiscientos noventa y nueve pesos con treinta y dos centavos (\$ 2.699, 32), en su carácter de fiador solidario del ex-Tesorero señor Diosdado Medina T. y a favor del Tesoro del Municipio de Riosucio.

El prenombrado ejecutado señor Alvarez L. propuso, con fecha 12 de noviembre de 1942, dentro de aquel juicio, varias excepciones, en virtud de lo cual el asunto pasó al Juez del Circuito de Riosucio, competente entonces para conocer de tal incidente, cuya tramitación fue adelantada hasta el 23 de mayo de 1944, en que el Juez, en atención a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 67 de 1943, que adscribió el conocimiento de esos incidentes a la Justicia de lo contencioso administrativo, remitió el negocio al Tribunal Administrativo de Caldas, que a su vez lo retornó al Juzgado para que continuara conociendo de él y ello por estimar que la tramitación y fallo debían sujetarse a las reglas indicadas por la ley 105 de 1931, vigentes cuando se promovió el incidente. Fue así como el Juez del Circuito de Riosucio profirió, con fecha siete de diciembre de 1944, sentencia declarando probadas las excepciones propuestas, ordenando cesar la ejecución.

Apelado aquel fallo por el respectivo Agente del Ministerio Público, concedido fue el recurso para ante el Tribunal Superior del Distrito de Manizales, el que mediante providencia fechada el 21 de enero del año próximo pasado, declaró nulo lo actuado ante él por carecer de jurisdicción o más propiamente por ser incompetente para conocer del asunto, en virtud de lo dispuesto por los artículos 3º y 4º de la citada ley 67 de 1943, ordenando devolver el negocio al Juzgado de origen para que éste, a su vez, lo remitiera a la autoridad competente o sea al Tribunal Administrativo de Caldas, como así lo cumplió el Juzgado. Mas, el Tribunal Administrativo, en providencia de 3 de septiembre de 1947, dispuso, a su vez, remitir el expediente al Tribunal Superior, anunciándole provocación de competencia negativa, en caso de no aceptar las razones allí expuestas que, en su sentir, lo inhiben para conocer del asunto, o sea, porque "carece de competencia para avocar nuevamente el conocimiento del negocio y fallar sobre la apelación interpuesta contra la sentencia de excepciones del Juez del Circuito Civil de Riosucio, por cuanto tendría que entrar a calificar una providencia de juez ordinario, pronunciada irregularmente, y sobre el cual no tiene jurisdicción", no

sin advertir de paso que "no se entiende cómo, al declarar la nulidad de todo lo actuado por dicho Tribunal en esa instancia, no extendió la declaratoria de nulidad a todo lo actuado por el Juzgado del Circuito Civil de Riosucio, a partir del auto de ese Juzgado de fecha 23 de mayo de 1944 en adelante, en que dispuso remitir el juicio a este Tribunal para su conocimiento".

El Tribunal Superior de Manizales no aceptó las razones aducidas por el Administrativo, alegando que las competencias, según el artículo 415 del C. J. no se suscitan de oficio en los asuntos civiles, sino a instancia de parte legítima, y por haber perdido la jurisdicción, por ejecutoria del mencionado auto de 21 de enero de 1947, además de haber salido el negocio, por remisión, al Juzgado de origen. Pero el Tribunal Administrativo, ratificando las razones que adujera en el memorado auto de 3 de septiembre de 1947 y expresando no aceptar las expuestas por el Tribunal Superior, por no tratarse de un "asunto civil" entre particulares "sino de un juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva en el que una de las partes es el Estado y en el cual se presenta la nulidad denominada "incompetencia de jurisdicción", que de conformidad con el artículo 448 del C. J. "es causa de nulidad en todos los juicios", y como tal puede ser declarada de oficio por el Juez o Tribunal que esté conociendo del negocio", manifestó insistir en la competencia negativa provocada, en razón de lo cual se encuentra el incidente al estudio de la Corte.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al recorrer el traslado de rigor pide a la Corte "se sirva solucionar la colisión de competencia, en el sentido de disponer que del presente negocio conozca el Tribunal Administrativo", por asistir toda la razón en el incidente suscitado al Tribunal Superior de Manizales, ya que tanto éste como el Juzgado sí procedieron correctamente a partir del auto de 24 de mayo de 1944, ordenativo del envío del negocio al Tribunal Administrativo, y por cuanto "si el negocio siguió el conocimiento del Juez del Circuito, ello se debió a una errada providencia del Tribunal Administrativo".

Observa la Sala, en primer término, —como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil— que en cierto modo la anómala situación que aquí se contempla se debió a la errada providencia del Tribunal Administrativo al disponer que el Juez de Riosucio continuara conociendo del incidente de

excepciones, apreciando que su tramitación y fallo debían sujetarse a las reglas indicadas por la ley 105 de 1931, sin tener en cuenta que las disposiciones sobre jurisdicción y competencia son de imperativo e inmediato cumplimiento. A partir de la vigencia de la ley 67 de 1943 que dispuso en su artículo 4º que el conocimiento de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos departamentales o municipales corresponde al respectivo Tribunal Administrativo, en única instancia, cuando la cuantía de la acción sea menos de quinientos pesos, y en primera cuando exceda de esa cuantía, la justicia ordinaria perdió la jurisdicción y competencia para entender de esos asuntos, y por ende cualquier actuación posterior de la misma queda afectada de nulidad, nulidad que debe ser declarada o decretada por el mismo funcionario que actuó sin jurisdicción o por el superior jerárquico cuando así lo advierta o deba advertirlo, como se le presentó en este caso la oportunidad al Tribunal Superior de Manizales, según ha quedado expuesto.

En segundo término, anota la Sala en relación con el reparo que el Tribunal Superior le hace al Administrativo de no proceder de oficio, en asunto civil, la suscitación de una competencia, que propiamente aquí lo que ha surgido es un conflicto de jurisdicción, que necesariamente entraña una colisión de competencia, por cuanto ambos Tribunales se niegan a conocer del negocio, alegando, el Superior, que carece de jurisdicción, y el Administrativo, no tenerla para entrar a calificar una providencia de Juez ordinario, en cuyo caso bien hizo el Administrativo en provocar la competencia al Tribunal Superior, con fundamento, además, en su auto de insistencia.

Lo expuesto significa que el Tribunal competente para conocer del incidente de excepciones de que se trata es el Tribunal Administrativo de Caldas, debiendo eso sí obviarse o purgarse la actuación viciada de nulidad adelantada por el Juez de Circuito de Riosucio, mediante la declaración correspondiente por parte de su superior jerárquico, que omitió hacerla en su debida oportunidad, según se dijo atrás.

Merced a lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, dirime la presente competencia a favor del

Tribunal Superior de Manizales, declarando, como en efecto declara, que el Tribunal Administrativo de Caldas es el competente para conocer del incidente de excepciones propuestas por el ejecutado señor Crisanto Alvarez L.

En consecuencia remítase el proceso al Tribunal Administrativo por conducto del Tribunal Superior de Manizales, para que éste, de conformidad

con lo dicho en esta providencia, provea lo que fuere del caso.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Amibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



## INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS. — DOCTRINA JURIDICA SOBRE ERROR GRAVE. — TACHAS Y RECUSACIONES

1.—El error grave, ha dicho la Sala, 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.

2.—Corresponde a las partes, al tachar o recusar un testigo, lo mismo que al tachar o recusar un perito o un juez o magistrado, expresar claramente y de manera precisa por cuál o cuáles de las causales de tacha o recusación contenidas en la ley lo hacen, y no es suficiente para ello con que expresen el hecho que en su concepto configura la causal, dejando al juzgador la apreciación de si así ocurre en realidad y de en cuál o cuáles de las causales encaja, por decirlo así, ese hecho.

3.—Las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellas se sustenten o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutive, es decir, esas doctrinas y consideraciones deben ser tan solo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

José Virgilio Rodríguez demandó por medio de apoderado a la Nación colombiana representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para que se le pague el valor de los perjuicios de orden material por él sufridos con motivo de accidente ferroviario.

La litis fue desatada en segunda instancia por esta Sala de la Corte por medio de sentencia que lleva fecha junio veinticinco de mil novecientos

cuarenta y cinco, en la cual se condenó a aquélla a efectuar dicho pago, ordenando que la liquidación de su monto se hiciera en la forma prevista en el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las bases que en la misma providencia se dieron.

El actor presentó ante el Tribunal de primera instancia el escrito en que estimó el valor de los mencionados perjuicios, dentro de la debida oportunidad, y de él se dio traslado a la parte demandada, quien lo impugnó en todas sus partes, motivo éste por el cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el precepto atrás citado, el incidente fue abierto a prueba, dentro de cuyo término el actor pidió la práctica de un peritazgo con intervención de expertos abogados, que lo fueron los doctores Rodrigo Jiménez Mejía y Jorge Gaviria Salazar, quienes rindieron su dictamen conjuntamente, el que aparece a los folios 19 y siguientes del c. No. 7.

También la parte demandada solicitó la práctica de una prueba pericial, la que fue ordenada y se practicó con intervención de los doctores Francisco Rueda Herreda y Ricardo Dussan, como peritos principales, y el doctor Jorge Perry, como perito tercero, quien intervino por no haber estado de acuerdo los principales.

El apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales objetó por error grave el dictamen de los doctores Jiménez Mejía y Gaviria Salazar, y el demandante, el de los peritos doctores Rueda Herrera y Perry, por idéntico motivo.

Tramitados los incidentes correspondientes, el Tribunal decidió todas las objeciones por providencia que lleva fecha febrero catorce del corriente año de mil novecientos cuarenta y ocho, en cuya parte resolutive se lee: "En virtud de lo expuesto, el Tribunal declara:

PRIMERO.—Declárase probada la objeción de error grave propuesta por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra el dictamen de los peritos doctores Rodrigo Jiménez Mejía y Jorge Gaviria Salazar. SEGUNDO.—No está probada la objeción de error grave propuesta por la parte actora contra el dictamen de los expertos doctores Rueda Herrera y Perry. TERCE-

RO.—Decrétase la práctica de un nuevo avalúo que ha de reemplazar el rendido por los peritos que las partes designaron, peritación que recaerá sobre los temas ya propuestos por las partes. Oportunamente serán designados los expertos”.

Contra esta decisión interpuso en la debida oportunidad y en legal forma recurso de apelación el apoderado de la parte actora, el que fue concedido por el a quo.

#### El auto recurrido

En el auto que se revisa, el Tribunal resume primeramente las objeciones de las partes, de la siguiente manera: “El error grave imputado al dictamen de los legistas por el personero de los Ferrocarriles Nacionales se hace consistir principalmente en el cómputo de un salario básico de cuatro pesos diarios, superior al que se contempla en la demanda estimatoria del perjuicio, en la arbitraria estimación sobre subsistencia de los índices de costo de la vida en el período de treinta y siete años en que se calcula la existencia de la víctima. Alega la anormalidad del presente estado económico causado, por el conflicto universal y su inmediata derivación en la post-guerra, estado que lógicamente debe retornar en busca del necesario equilibrio.

“De su lado —sigue diciendo el Tribunal— el personero de la parte actora objeta el concepto del doctor Rueda Herrera por cuanto fijó como básico un salario de ochenta pesos mensuales; un cálculo de supervivencia de 36 años en desacuerdo con las tablas de la Contraloría, un índice estático de costo de la vida el más bajo de todos, el de 1937; en la misma materia un índice medio del veinte por ciento de aumento durante la supervivencia, opuesto a la realidad estadística demostrativa de alzas hasta de doscientos por ciento; y un supuesto capital que colocado al seis por ciento reditúa el salario mensual. Ataca el dictamen del doctor Perry porque el cálculo de la supervivencia no se ajustó al dato de la Contraloría; lo redujo aún más al convertirlo a meses; desconoció el índice medio del costo de la vida por él mismo deducido; no aplicó el índice al salario nominal de \$ 99,90; y por último, dejó de considerar la readaptación de la víctima como imputable a la cuenta de la entidad responsable”.

Más adelante, en el capítulo denominado “Normas y doctrinas aplicables a las objeciones”, se expresa el a quo: “. . . La Jurisprudencia ha venido considerando reiteradamente el error grave como un vicio de hecho en los fundamentos y del dictamen, en la premisa menor del raciocinio del

experto. Los vicios de la premisa mayor, de la conclusión, o del nexa, son la materia del juicio lógico del Juez en la sentencia. El error grave previsto en el artículo 720 del C. J. no es el error lógico o de las inferencias de los expertos sino la discrepancia entre la realidad y la noción del perito sobre el hecho examinado”.

Transcribe inmediatamente después el siguiente aparte de una sentencia de la Corte acerca del error grave, tomándolo de la *Gaceta Judicial*, número 1984, Tomo 51, pág. 451:

“El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta sometida a la pericia; como si tratándose de avaluar una casa de construcción antigua los peritos parten de la base de que es 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 su valor de afección, los peritos la estiman como joya común, por su valor comercial, etc. En todos estos casos y sus semejantes podrá haber error grave, sujeto a comprobación y a la rectificación consiguiente. Dentro del error grave, cabe también el error esencial, de que hablaba el antiguo código de procedimiento que rigió hasta el año de 1931, y que se refería según lo entendió la jurisprudencia, a cualidades más fundamentales de las cosas, contentivas de sus atributos específicos, como si un anillo de oro se avalúa como de plata, o en vez de avaluar un caballo se avalúa un novillo. Pero la tacha de error grave no puede basarse más que en lo dicho. Si con su pretexto se aceptase en el incidente de tacha discusión al rededor de las bases objetivas que cada perito estime adecuadas para sacar sus deducciones, se prejuzgaría sobre el fondo mismo del dictamen, anticipándose fallo sobre aspectos propios de la sentencia definitiva; pues es en ésta donde se analiza el proceso intelectual que el experto acude para formular la conclusión que él juzga más acertada. Esto es lo que constituye la crítica del experticio, impropia de hacer en el incidente previsto en el artículo 720 del Código Judicial”.

“Además de lo dicho, —agrega en seguida el a quo— el Juez, las partes y los expertos están, en el caso, sujetos a una ley particular: la motivación de la sentencia en la parte determinante de las bases del perjuicio. Dice así el paso pertinente de la sentencia:

“Basado el Tribunal en prueba testimonial hubo de estimar, y así queda ello consignado también en la parte resolutive de su fallo, que el señor Rodríguez devengaba por razón de su trabajo como carpintero la suma de ochenta pesos mensuales (\$ 80.00), suma ésta que el propio Tribunal hubo de reducir, para el efecto de los cómputos de perjuicios, en un cincuenta por ciento, (50%), o sea a la cantidad de cuarenta pesos (\$ 40.00). Por su parte estima la Corte, que la fijación de la cuantía del salario, que por razón del accidente, dejó de obtener el carpintero señor Rodríguez mientras estuvo hospitalizado y luego en el curso de su vida no puede hacerse sin la intervención de peritos que, teniendo en cuenta las actuales constancias del proceso distaminen sobre dicha cuantía. En otros términos, la prueba pericial se hace necesaria, de una parte como elemento de control sobre la prueba testimonial misma acerca de la cantidad diaria que se dice ganaba el señor Rodríguez en su oficio de carpintero y de otra parte para determinar si su capacidad para el trabajo, aún dentro de la profesión mencionada, desapareció en absoluto, o dentro de qué límite tuvo ella una pérdida o disminución efectiva. Lo que se acaba de expresar servirá de base para la liquidación que tendrá lugar en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial. También servirá de base para estos efectos el cálculo de la vida útil probable de Rodríguez, para lo cual habrá lugar a servirse de tablas de probabilidad de la vida humana en Colombia formadas por las Compañías de Seguros de Vida. Cabe observar ahora que el Tribunal hizo la condenación en cuanto a la forma de hacer el pago por razón de la indemnización en materia de lucro cesante declarando “que el valor de este lucro será una suma equivalente a la que colocada en un Banco de la ciudad, en depósito a largo plazo, o invertida en casas de habitación produzca como renta una suma de cuarenta pesos mensuales”. Por su parte ha considerado la Corte que el sistema de pago que se acaba de mencionar, puede presentar dificultades de orden práctico y de ahí que considere preferible un sistema de pago inmediato en dinero, naturalmente teniendo en cuenta, como se ha venido practicando en numerosos casos de indemnización de perjuicios que han estado al conocimiento de los Tribunales Superiores y de la Corte, que por lo regular el perjuicio se presenta sucesivamente en el decurso de varios años y que por consiguiente hay lugar a descuentos para cuyo cómputo han de hacerse los correspondientes cálculos matemáticos.

Ya se vio que la parte demandante solicita en su alegato de la segunda instancia que por concepto de lucro cesante se le ordene pagar a Rodríguez la suma de jornales **progresivos** por todo el tiempo que se calcule la duración de su vida. Empero estima la Corte que no hay lugar en este fallo a dar por sentado y por judicialmente cierto que el señor Rodríguez tendrá en el decurso de su vida probable salarios **progresivos**. Y ya que, además por razón del transcurso de los años, puede llegar a un momento en que el monto del salario en lugar de aumento tenga disminución”.

“El rechazo contenido en la sentencia de instancia —continúa el Tribunal— en cuanto al señalamiento de la suma mensual de ochenta pesos devengado por Rodríguez no obedece a error o desacierto numérico sino al absolutismo numérico de la cifra, que descartó la posible existencia de elementos variables de cuenta, como pérdida total o parcial, permanente o transitoria, de la capacidad de trabajo ocurrida a la víctima. Según esto, los peritos conservan la facultad, controlada por el Juez, de investigar la realidad del salario básico y fijarlo en cantidad inferior o superior a dicha suma, según las anotaciones pertinentes de la prueba existente en el proceso.

“La Corte rechaza el cómputo del posible aumento de los salarios derivado de mayor capacidad subjetiva del obrero; —son también palabras del **a quo**— más no prohíbe la consideración del alza progresiva como supuesto de una realidad económica resultante de la incidencia de diversos factores concurrentes en este fenómeno: el valor de la moneda, la producción industrial, el costo de la vida, etc., etc.”.

Entra después el Tribunal a analizar los hechos que debieron servir de base al dictamen pericial, y dice: “**Los hechos básicos de la peritación.** Toda conclusión, en materia pericial, supone la existencia de hechos demarcatorios del juicio de los expertos. En el trámite de la presente incidencia esos hechos son, principalmente: la edad de la víctima, el salario devengado según el trabajo que cumplía, su incapacidad, la duración probable de la incapacidad y las fluctuaciones inciertas del salario en tal tiempo.

“Con el fin de establecer la cuantía del salario devengado por Rodríguez éste adujo una extensa relación testimonial consistente en las declaraciones de Pío Gómez, Ramón Gómez, Gregorio Ceballos, Hernando Camargo, Francisco Díaz, Francisco Paredes y Benjamín Celi.

“Estos testigos no señalan la cifra cierta del salario devengado por la víctima. Afirman que fluctuaba según la forma de la remuneración; desde un peso ochenta centavos de jornal diario, dos con cuarenta, dos con cincuenta, tres pesos, y hasta cuatro pesos diarios, por trabajos a destajo o ‘por negocio’.

“Las personas más directamente vinculadas a Rodríguez por razón del trabajo coinciden en afirmar la existencia de jornal de un peso con ochenta centavos. Román Gómez, hijo del dueño del taller, afirma como posible un salario de veinticuatro pesos semanales en los días en que trabajaba ‘por negocio’, equivalente a tres pesos cuarenta y dos centavos diarios, pero agrega: “esa variaba y no era permanente”. El dueño del taller, don Pío Gómez, en exposición un tanto contradictoria expone los siguientes hechos: Rodríguez trabajandó a destajo secaba 4 puertas diarias, o tres o cuatro bastidores a lo sumo, también diarios y devengaba una remuneración unitaria de ochenta centavos. Mas cuando las matemáticas indican, por este capítulo, una remuneración diaria fluctuante entre dos pesos con cuarenta centavos y tres pesos con veinte centavos, resultante de multiplicar el número de artefactos por el precio unitario, el testigo afirma, sin que se sepa por qué y en desacuerdo con sus propios datos, una remuneración diaria fluctuante entre dos pesos con cuarenta centavos y cuatro pesos. Con todo, el promedio de dos cuarenta, y cuatro pesos es tres pesos con veinte centavos. Mas como don Pío también declara sobre jornal de un peso con ochenta centavos, no se puede despreciar en el cómputo promedial este importante factor. Francisco Díaz su compañero de labores en el taller ratifica el salario de un peso ochenta centavos, y ganancias de dos a cuatro pesos trabajandó a destajo. Francisco Paredes, afirma un salario de un peso con ochenta centavos y ganancias de diez y ocho, a veinte pesos semanales. La declaración de Gregorio Ceballos es de referencias del interesado, y por lo mismo no es apta para convencer sobre el hecho investigado. La de Hernando Camargo no ofrece datos de suficiente precisión”.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que no hay datos en el proceso para determinar la ciencia cierta el número de días remunerados a Rodríguez con salario, y el de los que trabajaba a destajo, y que ‘tampoco aclaran los testigos el número preciso de unidades fabricadas por el artefacto, limitándose el mejor informador a expresar que ‘había veces que se sacaba cuatro puertas

en el día” y que cuando eras bastidores sacaba tres o cuatro a lo sumo”, llega el Tribunal a la conclusión de que es necesario buscar un promedio entre las diferentes remuneraciones enunciadas según los conceptos expresados, el que fija en dos pesos con cuarenta y siete centavos, suma ésta resultante de promediar lá de un peso con ochenta centavos, también diarios, producido de la manufactura de cuatro puertas o bastidores, más la de dos pesos con cuarenta, igualmente diarios, por concepto de la manufactura de tres bastidores, aunque agrega que “de acoger el cálculo bastante elástico del dueño del taller, ya criticado anteriormente, el promedio sería según lo expreso de tres pesos diarios”.

El segundo hecho básico, es, al decir del a quo, el de la vida probable de Rodríguez, el que deberá calcularse, dice, tomando en cuenta las tablas elaboradas para Colombia por las Compañías de Seguros de Vida, conforme lo ordenó la Corte en la sentencia que se debe cumplir.

“Otro de los hechos básicos del resarcimiento —continúa el Tribunal en el punto III de este capítulo— es el cálculo de las fluctuaciones pretéritas y futuras del salario. La remuneración del trabajo es un hecho económico intervenido por diversos y muy complejos factores que se manejan e interpretan contradictoriamente por las agrupaciones interesadas. Frente a la organización de los asalariados, en la lucha por el progresivo aumento de la remuneración de la obra de mano, se perfila la resistencia del industrial determinando prolongadas pausas y doblegandó sensiblemente la curva ascendente de los salarios, que por tal motivo, no guarda como fuera de desearse un exacto paralelismo con la del costo de las subsistencias. En razón, por otra parte, de la interferencia del poder de las agremiaciones obreras, se observa cierta desviación del fenómeno económico puro hacia curiosos ilogismos e incongruencias causantes de un ritmo divergente en los gráficos de los salarios de los diferentes sectores obreros, según sean su organización, la naturaleza y destino del trabajo que cumplen o el contrato numérico de sus asociados. Los poderosos determinantes psicológicos oportunamente deducidos por una agremiación tienen seguramente mayor influjo que los económicos de otra u otras, y aunque las necesidades son parejas, el salario de unos resulta comparativamente superior, por obra exclusiva de la privilegiada situación de los primeros.

“El experto —son también palabras del Tribunal— al detenerse en la consideración de toda esta

complicada red de hechos básicos del cálculo variable e incierto de las fluctuaciones del salario, no puede desvincular su juicio de tal realidad para perderse en generalizaciones abstractas. En el hecho no debe equiparar el gráfico del costo de las subsistencias con el de los salarios porque este último es más lento que aquél; ni debe basar su cálculo en la identidad de las fluctuaciones del salario para diferentes sectores de la clase obrera, equiparando por ejemplo a los ferroviarios con los aurigas.

“IV—En cuanto a la forma de pago, por último, expresó la Honorable Corte Suprema:

“Cabe observar ahora que el Tribunal hizo la condenación en cuanto a la forma de hacer el pago por razón de la indemnización en materia del lucro cesante declarando que “el valor de este lucro será una suma equivalente a la que colocada en un Banco de la ciudad en depósito a largo plazo, o invertido en casas de habitación, produzca como renta una suma de cuarenta pesos mensuales”. Por su parte ha considerado la Corte que el sistema de pago que se acaba de mencionar, puede presentar dificultades de orden práctico y de ahí que considere preferible un sistema de pago inmediato en dinero, naturalmente teniendo en cuenta como se ha venido practicando en numerosos casos de indemnización de perjuicios que han estado al conocimiento de los Tribunales Superiores y de la Corte, que por lo regular el perjuicio se presenta sucesivamente en el decurso de varios años y que por consiguiente hay lugar a descuentos para cuyo cómputo han de hacerse los correspondientes cálculos matemáticos”.

“Rectamente interpretado —agrega el a quo— el transcrito paso de la sentencia determina un cálculo pormenorizado y analítico de cada uno de los elementos que contribuyen a integrar el daño real y cierto, por oposición a la doctrina del fallo de primera instancia omisa en la consideración de algunos aspectos, como las posibles fluctuaciones del salario, la incapacidad de la víctima en sus grados y permanencia, y el cómputo de la amortización del capital, causada por el pago inmediato del resarcimiento debido en el decurso del tiempo.

“El pago inmediato del monto está sometido al cálculo de todos estos factores, o mejor expresado: para concluir en un guarismo determinado los peritos deben, mediante la aplicación de las técnicas en que son expertos, desentrañar numéricamente todos y cada uno de esos elementos variables del juicio. Pueden pues los expertos, si toman pie en las previsiones de hechos consignadas por la sen-

tencia, acoger indiferentemente una u otra técnica según su criterio pues la ley no autoriza al Juez para fijarles una determinada”.

Y aplicando las anteriores consideraciones al caso concreto, llega el fallador de primer grado a las siguientes conclusiones:

“1) Que los peritos doctores Jiménez Mejía y Gaviria Salazar incurrieron en un grave error al haber acogido como salario básico con el objeto de calcular el lucro cesante el máximo de cuatro pesos diarios, ignorando sumas menores devengadas coetáneamente al mismo título, y tomando en cuenta las cuales, las que se deducen de la prueba testimonial aducida al proceso, se llega a obtener un salario medio de dos pesos con cuarenta céntavos por día, conforme a cálculos ya expresados:

“2) Que estos mismos expertos al echar las bases del cálculo de la indemnización en lo tocante a tiempo posterior al 25 de julio de 1945 procedieron sobre un salario que fijan arbitrariamente en cincuenta pesos, prescindiendo de factores tan esenciales como el costo de las subsistencias y su derivado de las fluctuaciones del salario;

“3) Que la suma de ochenta pesos mensuales de salario, en que calcula éste el doctor Rueda Herrera “está aproximadamente de acuerdo con el promedio deducido de la relación testimonial;

“4) Que el desacuerdo del cálculo de la supervivencia de este experto con las tablas de la Contraloría no induce error; la Corte designó como rectoras en la materia las elaboradas por Compañías de Seguros, y como no se ataca por razón de divergencias entre éstas y el cálculo del perito, el fundamento de la objeción no es el pertinente y se le rechaza por inoperante;

“5) Que habiendo la Contraloría General de la Nación elaborado un gráfico del costo de la vida en el cual figura el año de 1937 como inicial con un índice de 100, y por esta razón los índices de los años posteriores se refieren todos al de ese año como punto de comparación, “carece de razón el ataque encaminado contra este método al decir que tomó un índice estático el más bajo de todos; simplemente acogió el índice 100 del dicho año, como unidad de medida, y esta técnica es inobjetable como lo sería la del agrimensor que adopta el metro en vez de inclinarse a la vara en lo tocante a longitudes. No hay error en la escogencia de la medida sino en su falsa concepción, *verbi gratia*, si se afirma que el metro no es la diezmillonésima del cuadrante del meridiano terrestre sino algo más”;

6) Que "es igualmente de recibo el método adoptado por el doctor Rueda Herrera para calcular el monto de la indemnización, según fórmulas conocidas sobre supuesto de capital que colocado a interés reditúe el salario mensual medio con cálculo de amortización; esta técnica cuadra exactamente con las voces de la sentencia definitiva ya que, previamente, el experto detuvo el razonamiento sobre los elementos variables de la cuenta, tal como lo prescribe dicha sentencia y acogió la tabla que contempla los descuentos";

7) Que "existe un error del perito doctor Perry al reducir los años de supervivencia a meses";

8) Que "lo tocante a la readaptación es hipótesis planteada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, y por este motivo la respuesta está desvinculada del cálculo del resarcimiento"; y

9) Que como "los demás ataques que se hacen al dictamen del doctor Perry equivalen a los enderezados contra el doctor Rueda Herrera, merecen iguales consideraciones e igual decisión".

Concluye, por último, el Tribunal que aunque no se perfila un error grave en los conceptos de estos últimos peritos, no es menos cierto, que, considerada la pericia como el conjunto de lo dicho por los tres opinantes, se presenta una amplia divergencia entre los dos principales que concluyen en treinta y seis mil novecientos diez y seis pesos, ochenta y un centavos (\$ 36.916, 81) moneda corriente el uno, y diez y seis mil setecientos veinte y seis pesos, siete centavos (\$ 16.726,07) el otro", y que es por tanto el caso de que la Sala se acoja a la autorización otorgada por el artículo 721 C. J. en su última parte del segundo inciso y decreta de oficio otro avalúo por medio de peritos oportunamente designados por la justicia.

Llegado el negocio a la Corte, se ordenó correr traslado por el término de cinco días al apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y luego fijarlo en lista por el de cuatro.

Durante la fijación en lista el doctor Juan Francisco Mújica apoderado del actor, presentó un escrito para sustentar la apelación.

Dice el doctor Mújica: "En el incidente de liquidación de vuestra sentencia, ante el Tribunal, hubo dos peritazgos sobre los mismos puntos, el uno de abogados, pedido por la parte demandante, y el otro, de ingenieros, pedido por la parte demandada, no obstante lo preceptuado por el artículo 728 del C. J. Además, existe un tercer peritazgo dado en la forma de concepto, que es el de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, cuyo informante fue el ingeniero y conocido financista doctor

Edmundo Merchán.

"En el auto que impugno el Tribunal decidió estimar la objeción de error grave propuesta por la parte demandada contra el dictamen de los peritos abogados, uniformemente rendido; desestimar la objeción propuesta por la parte demandante contra dos de los dictámenes rendidos por los peritos ingenieros, y decretar la práctica de un nuevo avalúo con peritos nombrados por el Tribunal.

"Al estudiar este proceso incidental —sigue diciendo el doctor Mújica—, la primera reflexión que surge es la de la extraña circunstancia de que seis conceptos sobre un mismo punto, emitidos por expertos, no hayan sido suficientes para orientar el criterio del juzgador, quien solucionó el punto con la aplicación indebida del inciso 2º del artículo 721 del C. J. y prescindiendo de aplicar el artículo 723 ibídem.

"Considero el Tribunal que el señalamiento que él hizo en su sentencia de primera instancia de la suma mensual de \$ 80.00 como salario básico de Rodríguez no fue rechazado por la Corte en su sentencia definitiva de segunda instancia porque hubiera obedecido a un error o a un desacierto numérico, sino porque descartó el Tribunal con el "absolutismo de la cifra, la posible existencia de elementos de cuenta variables, como pérdida total o parcial, permanente o transitoria de la capacidad de trabajo ocurrida a la víctima". Y añade, "según esto, los peritos conservan la facultad, controlada por el Juez, de investigar la realidad del salario básico y fijarlo en cantidad inferior o superior a dicha suma, según las anotaciones pertinentes de la prueba existente en el proceso".

"Este pasaje —agrega el mencionado abogado— es la clave del pensamiento básico del Tribunal, por lo que se refiere a la cuantía del salario. El salario que él fijó en su sentencia de primera instancia es el cierto, y solo debe modificarse ahora en cuanto sea afectado por datos referentes a la condición personal de la víctima".

Afirma en seguida el abogado, que en su opinión el pensamiento de la Corte en la sentencia de segunda instancia fue precisamente el contrario, y agrega: "fijar el salario básico haciendo un promedio con la cuantía de los distintos salarios que devengaba Rodríguez según lo acreditado por los testigos, no es jurídico porque con ello no se interpreta la realidad, y por lo tanto, se requiere que peritos, desde luego con base en los datos del expediente, pero teniendo en cuenta también al factor complejo del volumen en el tiempo de las

diferentes clases de trabajo que realizaba Rodríguez determinen la cuantía. Me explico: del expediente aparece que Rodríguez en la carpintería tenía distintas remuneraciones según el trabajo que realizara, de las cuales una a destajo y la otra por tiempo. El perito para fijar el salario no solamente debía tener en cuenta esas cuantías sino también la mayor o menor frecuencia de cada uno de los tipos de trabajo. El Tribunal resolvió la cuestión mediante un promedio; método éste simplemente abstracto e injusto por lo irreal. La Corte decidió que peritos intervinieran para solucionar el problema. El demandante no podía presentar prueba distinta de la de su remuneración por cada tipo de trabajo realizado, debido a que ni él ni el taller llevan libros de contabilidad de costos el segundo y de cuentas el primero. La honradez y el deber procesal de decir la verdad solamente permitían acreditar la remuneración por cada tipo de trabajo, pero no el volumen y su valor en el tiempo.

“Los peritos abogados para fijar la remuneración de Rodríguez se cifieron en lo posible a la realidad. La actuación jurídica del Tribunal hubiera sido la de pedir aclaración a esos peritos acerca del método que emplearon para fijar la cuantía del salario, antes de estimar la objeción de error grave”.

Dice inmediatamente después el doctor Mújica que el Tribunal interpretó erróneamente las objeciones propuestas por la parte demandada al peritazgo rendido por los peritos abogados y falló sobre una objeción no propuesta, por cuanto esa parte no objetó porque la cuantía del salario hubiera sido fijada, a razón de \$ 4.00 diarios, sino porque los peritos no habían tenido en cuenta dos factores, que son la alteración de la vida económica actual que ha tenido un alza exorbitante de los salarios, y la ley biológica inmutable de la capacidad de trabajo, la cual desciende en la medida en que avanza la edad de la persona.

“Para la parte demandada —sigue textualmente— lo importante no es que el salario se hubiera determinado en \$ 4.00 diarios, sino que se le hubiera mantenido durante los 37 años de vida probable de la víctima, porque ello significa que la suma total de la indemnización representa un capital que colocado al 6% anual produce un interés superior al salario estimado”.

Se ocupa luego de la afirmación hecha por el a quo de la improcedencia de la objeción propuesta por la parte demandante al peritazgo rendido por el doctor Rueda Herrera, porque la suma de

\$ 80.00 mensuales que este perito consideró “es aproximadamente de acuerdo con el promedio deducido de la relación testimonial”, y afirma: “Y dije cómo es de injurídico el criterio del promedio de los tipos de salario con prescindencia del volumen del trabajo correspondiente a cada uno de esos tipos”.

A continuación agrega: “Dice además el Tribunal que no induce error “el desacuerdo del cálculo de la supervivencia de este experto con las tablas de la Contraloría” en virtud de que la Corte designó como rectoras en la materia las elaboradas por Compañías de Seguros, y como no se atacó por razón de divergencias entre éstas y el cálculo del perito, el fundamento de la objeción no es pertinente y se le rechaza por inoperante”.

“Textualmente ésta fue la objeción que formulé por ese extremo: por otra parte, el perito doctor Rueda Herrera tomó como base para determinar la vida probable de Rodríguez la tabla elaborada por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, cuando en realidad lo dispuesto por la Corte fue que se tuvieran en cuenta las tablas elaboradas por las Compañías de Seguros en Colombia, las tablas éstas que presentamos y obran en el expediente, según certificación expedida por la Contraloría General de la República. Bien, son entonces estas tablas certificadas por la Contraloría las que deben tenerse en cuenta, y de estas tablas se desprende que a los 24 años de edad corresponde una vida probable de 37,03 años y no de 36 años que fueron los tomados como base por el doctor Rueda Herrera”.

“La tabla de vida probable a que alude la Corte fue presentada con la demanda de liquidación, debidamente certificada por la Contraloría General de la República. La tabla sobre que basó su cálculo el perito Rueda Herrera no obra en el expediente y se refiere a la particular elaborada por una de nuestras Compañías nacionales de Seguros. Existe una diferencia de 1.03 años entre la tabla básica y ésta otra en contra de la vida probable de Rodríguez. Todavía no he podido explicarme el razonamiento del Tribunal para rechazar la objeción”.

Pasa después a ocuparse de lo dicho por el fallador de primer grado acerca de la objeción propuesta contra el mismo dictamen por haber acogido como básico el año de 1937 para calcular el costo de la vida, respecto de la cual, conforme deja expuesto en esta providencia, dijo el Tribunal que no constituye error grave, y que por el contrario es de una técnica inobjetable “como

sería la del agrimensor que adopta el metro en vez de inclinarse a la vara en lo tocante a longitudes" y dice el doctor Mújica: "El concepto del Tribunal acerca del valor y significado de los números índices no es científico. "El número índice es el instrumento estadístico para medir los cambios en la suma de datos reunidos. El método puede aplicarse a distintos fenómenos, como el de los precios, el de los salarios, el del costo de la vida, etc. Los datos sobre cualquiera de estas materias fluctúan considerablemente, pero muestran tendencias determinadas y mensurables. Para poder medir los cambios del número mayor de datos variables, hay que recurrir a un instrumento o medida que sirva de referencia. Este es el número índice, que lo mismo puede ser un número absoluto que un número relativo o de promedio. El número índice mide las fluctuaciones en intervalos de tiempo, o las diferencias dentro del mismo grado. Los problemas inherentes a la construcción de números índices son: a) El fin para el cual ha de usarse el índice tiene importancia para la selección del material por reunir, el método por seguir, etc.; b) Una selección cuidadosa de la suma y tipos de datos a fin de que las fluctuaciones índices sean representativas de las fluctuaciones de las series; c) Después de determinar el método de recoger la información, hay que buscar la verdadera fuente del material y reunir datos suficientes; d) Resolver cuál ha de ser el período básico y el medio mejor de computación, y e) Determinar el grado de importancia relativa de cada dato con respecto al fin índice proyectado. Esta determinación de la importancia relativa es lo que en estadística se llama "pesar".

"Dada esta definición, tenemos que no obedece a lógica ninguna, matemática ni estadística, el procedimiento empleado por el perito Rueda Herrera de tomar el índice 100 correspondiente a 1937 para calcular salarios futuros. La lógica y la razón indican que ha debido incrementar los índices con el coeficiente exacto de aumento en promedio habido en ellos desde 1937 hasta 1945; a partir del último jornal efectivamente devengado por Rodríguez, o sea de junio de 1945, de acuerdo con lo estimado por el perito, y el resultado aumentarlo con el 20% que según su criterio representa la tendencia del promedio a aumentar de una época a otra. El lapso que de 1920 a 1950 tomó el perito como punto de partida no es conocido en su totalidad, porque los números índices solo empezaron en 1937, y el jornal efectivo, según el perito, fue devengado por Rodríguez hasta 1945 inclusive. Con

ese método caprichoso el perito ha podido tomar un período cualquiera de la Colonia.

"Lo dicho demuestra que el Tribunal se equivocó en cuanto desestimó la objeción por el extremo del error grave, porque está claro que no he modificado el criterio del perito, lo cual no significa que lo acepto, y aplicándolo es como he acreditado que él tergiversa su mismo pensamiento".

Después el doctor Mújica se detiene a decir que hoy ya el metro no es, como se creía, la diezmilésima parte del cuadrante del meridiano terrestre, porque el perfeccionamiento de los métodos de medida han comprobado lo contrario, ya que la tierra no es una figura geométrica perfecta, y, por lo tanto no se adapta a ningún elipsóide exacto, y a advertir que el doctor Rueda Herrera tiene vinculaciones con la parte demandada, y que si no lo tachó como perito dentro de la debida oportunidad procesal, ello se debió a que en ese entonces desconocía él esta circunstancia.

Y pasando así a lo relativo al peritazgo del doctor Perry, dice: "En cuanto a las objeciones formuladas al peritazgo del doctor Perry, el Tribunal estima la existencia de un error, y, sin embargo, en su parte resolutive rechaza la objeción. Pero hay más. El índice promedio para el perito Perry es de 113. El índice de la Contraloría empezó en 1937 igual a 100. A los seis años, o sea en 1943, el índice medio era de 142,3. ¿De dónde salen los 13 puntos de aumento para 6 años? El índice de 113 corresponde a 1941, es decir, a los 4 años. El verdadero error del Tribunal consiste en que prescindió de la consideración de que en matemáticas quien plantea un problema y expone el método para su resolución, no puede alterar caprichosamente los datos, debido a que cualquier persona, conociendo el sistema y los datos, tiene que llegar al mismo resultado.

"Los peritazgos de los doctores Rueda Herrera y Perry no permiten obtener el resultado a que ellos llegaron, empleando los datos y el sistema expuesto por ellos; y esto, a causa de que caprichosamente, y sin lógica matemática alguna, alteran los datos y modifican el razonamiento durante el proceso de solución".

Por último, dice el mencionado abogado que rechaza desde otro punto de vista por injurídico e injusto el considerando del Tribunal que lleva a la conclusión de que Rodríguez debería devengar un salario inferior a \$ 90.00 mensuales, y concluye pidiendo la revocatoria del auto apelado y que la Corte en su lugar fije la cuantía de los perjuicios

sufridos por Rodríguez, con base en las seis pericias rendidas, seleccionando aquéllas con sano criterio jurídico.

La Corte considera:

A folios 1 a 6 del cuaderno No. 10 se lee el escrito presentado por el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para objetar por error grave el dictamen rendido por los peritos Rodrigo Jiménez Mejía y Jorge Gaviña Salazar, el que obra a fls. 19 a 21 vto. del cuaderno No. 7.

Claramente se ve en ese memorial que las objeciones de la parte demandada se fundan en que los peritos estimaron de manera arbitraria el salario devengado diariamente o que habría podido devengar el demandante, en la suma de \$ 4.00 diarios, durante los 37 años en que calculan su vida probable, sin tener en cuenta al hacerlo, hechos de definitiva importancia, tanto para la determinación del salario durante la vida probable, como para la liquidación definitiva del monto de la indemnización, y los que son, al decir del mismo objetante:

"1) La alteración, las serias perturbaciones de la vida económica porque atraviesa el país actualmente y el mundo entero, lo cual ha traído como consecuencia el alza exorbitante del costo de la vida, y por consiguiente el alza de los salarios; y

"2) El hecho de que, con el transcurso de los años, por ley biológica inmutable, la capacidad de trabajo y consecuentemente el rendimiento económico van en descenso, a medida que avanza la edad de la persona, por lo menos de los 40 años en adelante, y por lo tanto, en el caso concreto de Rodríguez Castellanos, no podrían ser las mismas, haciendo abstracción de las lesiones sufridas por éste en el accidente, sus energías, de los 40 años en adelante".

Dice el mismo abogado que no existe razón alguna para asegurar que la anormalidad económica que vive actualmente el mundo deba subsistir durante los mencionados 37 años, pues que, por el contrario, lógicamente debe presumirse que el costo de la subsistencia se normalizará nuevamente en este tiempo, y además que, de aceptarse el cálculo hecho por los expertos para el monto total de la indemnización, se llegaría a obtener que el demandante tendría en esto una fuente de enriquecimiento.

Por su parte el doctor Mújica, en escrito que aparece a folios 1 a 4 vto. del cuaderno No. 12, impugnó, como se ha dicho, los dictámenes de los peritos doctores Ruera Herrera y Perry.

Al dictamen del primero hizo los siguientes reparos: que estimó en \$ 80.00 mensuales el salario devengado por Rodríguez, a pesar de que la Corte en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, desestimó la estimación hecha en la misma suma por el Tribunal en su sentencia, por considerarla implícitamente arbitraria; que este perito toma como base para determinar la vida probable de Rodríguez la tabla elaborada por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, cuando lo ordenado por la Corte fue que se tuvieran en cuenta al efecto las tablas elaboradas por las Compañías de Seguros de Vida en Colombia, tablas estas últimas que él presentó, que obran en los autos, y que aparecen certificadas por la Contraloría General de la República, de todo lo cual se sigue que hay una diferencia de 1,03 años en el cálculo de la vida probable, porque al tiempo que de acuerdo con estas últimas tablas a 24 años de edad corresponden 37,03 de vida probable, el perito con base en la otra, calculó para Rodríguez sólo 36; que al hacer el cálculo del salario el perito tomó un índice estático el más bajo de todos, correspondiente al año de 1937, y con base en él dedujo el salario real para liquidar el perjuicio; que de manera arbitraria calcula en un 20% el aumento que el índice del costo de la vida sufre en un período de 50 años, y por último, que "al desarrollar el punto 6 del cuestionario hace precisamente lo contrario de lo que la Corte en la sentencia dispuso, que es lo de suponer una suma que colocada en depósito a largo plazo o invertida en casas de habitación produzca como renta al 6% anual la suma equivalente al salario mensual".

El dictamen rendido por el doctor Perry lo objetó el apoderado de la parte actora por los siguientes motivos: porque fijó la vida probable de Rodríguez en 27,03 años, basándose en la tabla de la Contraloría General, cuando el certificado expedido por ésta y que obra en autos, a 24 años corresponden 37,03 años, sin que por otra parte pueda decirse que se trata de un 'lapsus' porque el perito en la aplicación del salario a la vida probable limita ésta a 36 años; porque incurrió en error grave al considerar, interpretando mal la sentencia de la Corte, que el pago que se hace a Rodríguez corresponde a un anticipo de pensiones periódicas, pues basta leer el expediente para comprender que la Corte se negó a condenar al pago periódico de una pensión y que su criterio fue por el contrario el del pago inmediato en dinero correspondiente al valor del perjuicio; porque investigó un índice probable promedio del costo

de la vida en lugar de deducir promedio con base en los datos de la Contraloría, partiendo para hacer sus investigaciones de la base de lo hecho por aquélla, tomando el año de 1937 como índice igual a 100, pero descartando los años que él llama anormales, es decir los finales de la última guerra y los primeros de la post-guerra, y tomando en cuenta tan solo los primeros seis, sin reparar por otra parte, en que todos los tratadistas de economía, sin excepción, están acordes en afirmar que la crisis económica iniciada en el año de 1929 aún no ha concluído; en que para 1937 el mundo producía en sus distintas ramas industriales mucho menos de lo que producía en 1928 en relación con las necesidades del consumo; en que, por lo tanto, de 1937 a 1943 ese índice es, especialmente para Colombia, de depresión económica, como consecuencia de la disminución de la producción europea y norteamericana; porque no aplicó el perito el índice de costo de la vida en el tiempo de la vida probable de Rodríguez al salario devengado por éste, índice que el propio doctor Perry dedujo mediante el siguiente raciocinio: el índice del costo de la vida aumenta en 13 puntos cada seis años; la vida probable de Rodríguez es de 36 años, luego hay un aumento de 65 puntos, que dividido por 2 da 1.39, que es el índice medio probable, pues que si a un salario mensual de \$ 90.00, del cual parte el perito, se aplica un índice de 1.39, se obtiene un salario real de \$ 1.25 mensuales, y las 4/5 partes de éste son \$ 110.08, y no un sueldo de 110.70, cuyas 4/5 partes son 88.56, como lo afirma el doctor Perry; porque al contestar al punto séptimo del cuestionario, el perito se declara de acuerdo con el doctor Rueda Herrera en que el capital de \$ 22.954,62 produciría, colocado al 6% anual una renta mensual superior en \$ 14.87 al salario devengado por Rodríguez, lo que no es cierto, pues basta aplicar el índice que los dos peritos dedujeron como medio del costo de la vida al sueldo asignado a Rodríguez en la demanda para obtener precisamente como salario real una suma igual al interés mensual del dicho capital.

Reiterada y constante ha sido la jurisprudencia de la Corte acerca del error grave.

En providencia que lleva fecha 12 de febrero de 1942, dijo esta Sala de Negocios Generales que: "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".

Y en la sentencia citada por el Tribunal en la providencia que se revisa: "El error grave debe ser ostensible, para lo cual debe recaer sobre circunstancias materiales u objetivas de la sujeta sometida a la pericia".

Es preciso examinar ahora, pues, a la luz de los principios generales sentados, si las tachas propuestas constituyen o no error grave.

El Tribunal, se repite, declaró probada la objeción de error grave formulada por el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra el peritazgo de los doctores Jiménez Mejía y Gaviria Salazar.

Como atrás se dijo también, el a quo fundó este error en que estos expertos tomaron como salario básico uno de monto mayor al que se deduce como medio del estudio de la prueba testimonial que obra en el proceso, porque aceptaron como básico el salario máximo "ignorando sumas menores devengadas coetáneamente al mismo título", y en que, además, "estos mismos expertos al echar las bases del cálculo de la indemnización en lo tocante a tiempo posterior al 25 de junio de 1945 proceden sobre un salario que fijan arbitrariamente en cinco pesos, prescindiendo, como lo expresan, de factores tan esenciales como el costo de las subsistencias y su derivado las fluctuaciones del salario".

No es difícil observar que el fundamento con base en el cual el Tribunal declaró probada la existencia de error grave en los sancionados dictámenes, es distinto del alegado por la parte interesada para fundar su objeción por el mismo motivo, porque, como se ha dicho, y se repite brevemente, según el apoderado de la parte demandada este error consiste en que los peritos no tuvieron en cuenta las perturbaciones de la vida económica porque atraviesa el país y que han traído un alza del costo de la vida y de los salarios, ni el hecho de que la capacidad de trabajo de toda persona, por ley biológica inmutable, disminuye gradualmente a medida que avanza la edad, y al compás con esa disminución de la capacidad de trabajo tiene lugar también la del rendimiento económico.

Pues bien: como el juzgador no puede apartarse de lo alegado por las partes y declarar la existencia de un error por motivos diferentes de los expuestos por las mismas como objeción, aunque por lo demás el error sí exista en realidad en el dictamen, síguese que la providencia del Tribunal debe revocarse en esta parte.

Por lo demás, las razones aducidas por el Con-

sejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales pueden cuando más considerarse como reparos a la fundamentación del experticio, esto es, que éste no está lo debidamente fundamentado, pero en ningún caso los hechos allí mismo aducidos como base de la objeción pueden ser tenidos como error grave. Ni puede, por último, considerarse como tal el que el salario tenido en cuenta por los peritos es superior al salario señalado en la demanda. Hecho éste que tan solo deberá tener presente el juzgador al hacer la regulación y al apreciar, por tanto, los dictámenes.

La primera objeción formulada por el doctor Mújica al dictamen del doctor Rueda Herrera, es, conforme se dijo ya, la de que estimó en \$ 80.00 mensuales el salario devengado por Rodríguez, a pesar de que la Corte desestimó implícitamente la estimación hecha de ese mismo salario en idéntica suma por el *a quo* en su sentencia de primer grado.

El Tribunal, según se vio, declaró no probada esta tacha porque consideró que el rechazo dado por esta Sala al señalamiento de la suma mensual de \$ 80.00 como salario básico devengado por Rodríguez, "no obedece a error o desacierto numérico sino al absolutismo de la cifra, que descartó la posible existencia de elementos variables de cuenta, como pérdida total o parcial, permanente o transitoria de la capacidad de trabajo ocurrida a la víctima", y que por tanto los peritos tienen facultad de investigar la realidad del salario básico y de fijarlo en una suma superior o inferior a la dicha de \$ 80.00 mensuales, según las anotaciones pertinentes de la prueba existente en el proceso.

El doctor Mújica alega que fue precisamente lo contrario lo que en su sentencia quiso decir la Sala, esto es, que la determinación de ese salario se hiciera por peritos, desde luego con base en los datos del expediente, pero teniendo en cuenta no sólo las cuantías sino también la mayor o menor frecuencia de cada uno de los tipos de trabajo.

En la parte pertinente de la referida sentencia, la que se transcribió antes al reproducir el auto recurrido, se lee entre otras cosas: "La prueba pericial se hace necesaria, de una parte como elemento de control sobre la prueba testimonial misma acerca de la cantidad diaria que se dice ganaba o podía ganar el señor Rodríguez en su oficio de carpintero y de otra parte para determinar si su capacidad para el trabajo, aún dentro de la profesión mencionada, desapareció en absoluto, o

dentro de qué límite tuvo ella una pérdida o disminución efectiva".

Pues bien: de las anteriores palabras no se concluye en modo alguno que lo que quiso decir la Corte fue que se tomaran en cuenta para determinar el mencionado salario, no solo las cuantías, sino también la mayor o menor frecuencia de cada uno de los tipos de trabajo como lo pretende el recurrente, y que fuera por este motivo preciso que la Sala desechó la estimación hecha por el Tribunal.

Muy claro es el texto de la sentencia de que, a juicio de la Corte, la estimación hecha por el *a quo* debía desecharse por cuanto ella había fijado la cuantía del salario devengado por Rodríguez teniendo en cuenta únicamente los datos suministrados por la prueba testimonial, y haciendo caso omiso de otras circunstancias como es la de si su capacidad de trabajo, aun dentro de la profesión mencionada, había desaparecido en absoluto, o dentro de qué límite tuvo ella una pérdida o disminución, al propio tiempo que esa estimación había sido realizada sin tener el juzgador medio alguno de control de la veracidad de los datos suministrados por los testigos.

Tiene, pues, razón el Tribunal cuando afirma que "el rechazo contenido en la sentencia de instancia en cuanto al señalamiento de la suma mensual de Rodríguez, no obedece a error o desacierto numérico sino al absolutismo de la cifra que descartó la posible existencia de elementos de cuenta variables, como pérdida total o parcial permanente o transitoria de la capacidad de trabajo ocurrida a la víctima".

Descartando lo anterior, es preciso analizar ahora si existe o no error grave por parte del perito en fijar el salario en esa suma.

Se deja expuesto ya lo que deba entenderse por error grave. Ahora bien: conforme lo anota el Tribunal, por lo expuesto en sus declaraciones por las personas allegadas al demandante, se sabe que éste ganaba aproximadamente por día, un peso con ochenta centavos de jornal por su trabajo en el taller de Ramón Gómez, más tres pesos con veinte centavos por la manufactura en trabajo a destajo de cuatro puertas o bastidores, y dos pesos con cuarenta por la de tres bastidores, y como, según también acertada anotación del *a quo*, no hay en el proceso datos para determinar a ciencia cierta el número de días remunerados de Rodríguez con salario, y el de los que trabajaba a destajo, ni para conocer el número preciso de unidades fabricadas por el artifice, limitándose el mejor informado a

expresar que "había veces que se sacaba cuatro puertas en el día" o "sacaba tres o cuatro bastidores a lo sumo", luego es preciso promediar como aquél lo hizo, las diferentes remuneraciones, y se obtiene así dos pesos con cuarenta y cinco centavos diarios, es decir, setenta y tres pesos con cincuenta en un mes.

La otra objeción del apoderado de la parte demandante contra el dictamen del perito doctor Rueda Herrera consistente en que éste incurrió en error por no haber tomado en cuenta las tablas elaboradas por las compañías de seguros para Colombia, y certificadas por la Contraloría General, las que obran en el expediente, sino la tabla elaborada por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, tampoco puede prosperar, como acertadamente lo decidió el Tribunal.

En efecto, por una parte, lo que ordenó la Sala en la sentencia de segunda instancia fue tener en cuenta las tablas elaboradas por las Compañías de Seguros de Vida en Colombia, sin especificaciones, y en tal caso podría haber dentro de la base la tabla de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida.

De otro lado, además, apartarse de las bases no sería un error objetivo, sino una arbitraria e indebida fundamentación del dictamen. La Corte estima que los expertos deben acatar las bases señaladas en los fallos para la liquidación, pues el dictamen que no atendiese a éstas no estaría fundamentado en la realidad procesal.

Atrás se dijo que la tercera objeción formulada por el doctor Mújica al dictamen del doctor Rueda Herrera es la de que este experto, al hacer el cálculo del salario, tomó un índice estático del costo de la vida en Bogotá, el más bajo de todos, que es el correspondiente al año de 1937, y con base en este índice, dedujo el salario real para liquidar el perjuicio.

Se deja expuesto igualmente en esta providencia cómo el a quo rechazó por infundada esta objeción, porque en su concepto lo que hizo el perito no fue cosa distinta que la de tomar el índice 100 de ese año elaborado por la Contraloría General de la República, como unidad de medida, y esa técnica es inobjetable, y se dejó expuesto también cómo el mencionado abogado, en el extenso escrito presentado ante la Corte para sustentar la apelación, insiste en atacar el método adoptado por el doctor Rueda Herrera afirmando, luego de hacer algunas consideraciones acerca de la naturaleza de los números índice y de la manera como deben ser elaborados, que: "No obedece a

lógica ninguna matemática ni estadística, el procedimiento empleado por el doctor Rueda Herrera de tomar el índice 100 correspondiente a 1937 para calcular los salarios futuros. La lógica y la razón indican que ha debido incrementar los índices con el coeficiente exacto de aumento en promedio habido en ellos desde 1937 hasta 1945, a partir del último jornal efectivamente devengado por Rodríguez, o sea, de junio de 1945, de acuerdo con lo estimado por el perito, y el resultado aumentarlo con el 20% que según su criterio representa la tendencia del promedio a aumentar de una época a otra". Y concluye esta cuestión diciendo: "Con este método caprichoso el perito ha podido tomar un período cualquiera de la Colonia".

La Sala anota por su parte, que al tenor del precepto del artículo 720 del C. Judicial las únicas objeciones que las partes pueden hacer al dictamen de los peritos, son las de error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

En el presente juicio las objeciones propuestas por el apoderado de la parte actora contra el dictamen rendido por el doctor Rueda Herrera lo son todas por error grave, como expresamente se dice en el correspondiente escrito (c. 12, fl. 1). Es preciso, pues, examinar una vez más, a la luz de los principios que se han expuesto acerca del error grave, si esta nueva objeción formulada por el doctor Mújica contra el referido dictamen constituye en realidad como él lo pretende un error de esta naturaleza, o, por el contrario, como lo decidió el Tribunal, no existe error alguno, por parte del experto, o, cuando menos, no es éste un error grave.

Se repite que el doctor Mújica para fundar su objeción se detiene en algunas consideraciones acerca de la naturaleza de los números índices y de la manera cómo científicamente debe procederse a su elaboración. Pero la Corte considera académico, y, por tanto, extraño a los fines de esta providencia, detenerse a realizar idéntico estudio. Ella la encuentra acertada, y, en consecuencia, prohíbe la observación hecha por el fallador de primer grado, de que habiendo sido elaborado a partir del año de 1937 y por una entidad oficial, como lo es la Contraloría General de la República, un gráfico del costo de la vida en Bogotá, en el cual figura el expresado año inicial con un índice igual a 100, necesariamente los índices de los años posteriores deben referirse todos al de ese año como punto de comparación, y, por tanto "carece de razón el ataque contra este método del experto al decir que tomó un índice estático el más bajo de todos",

por cuanto "simplemente acogió el índice 100 de dicho año, como unidad de medida y esta técnica es inobjetable como lo sería la del agrimensor que adopta el metro en vez de inclinarse a la vara en lo tocante a longitudes".

Dicho de otro modo, no encuentra la Sala dónde pueda residir el pretendido error grave en esta parte del dictamen del doctor Rueda Herrera, porque, aunque resultara cierto y comprobado que el año de 1937 fue el de más bajo costo de la vida en Bogotá, y que, por tanto, su número índice no pudiera científicamente ser tomado como el normal, como básico, como igual a 100, error es éste en que no incurrió el experto, sino, si acaso, la Contraloría, entidad que ha venido elaborando el mencionado gráfico, pues aquél no hizo sino atenerse al mismo.

Ocurriría en ese evento lo que acertadamente anota el Tribunal: no habría error en la escogencia de la medida por parte del perito, sino en la falsa concepción de la misma, al igual que no habría error en la escogencia de la medida si para conocer la longitud de un determinado objeto, o su superficie, se adoptara el metro en lugar de la vara, v. gr., o de cualquiera otra unidad de medida de longitud y superficie, en el convencimiento de que el metro es igual a la diezmillonésima del cuadrante terrestre, y en realidad así no fuera, sino que tan solo fuera, como lo dice el doctor Mújica en su escrito ante la Corte, algo igual en longitud al pedazo de metal que en condiciones especiales se halla conservado en un museo de París.

Ni ve, por otra parte, la Corte, por qué, como lo pretende el dicho abogado en su escrito de segunda instancia, el perito habría debido "incrementar los índices con el coeficiente exacto de aumento en promedio habido en ellos desde 1937 hasta 1945, de acuerdo con lo estimado por el mismo perito". Es ésta una mera afirmación del doctor Mújica, que no encuentra respaldo ni en su propio escrito, ni en parte alguna.

En consecuencia, no hallándose comprobado que en esta parte del dictamen, el doctor Rueda Herrera incurriera en error alguno, o, por lo menos, en error grave, único por el cual, como se expuso, permite la ley a las partes objetar el dictamen pericial, la objeción propuesta contra el experticio por el concepto antes anotado por la parte demandante, debe ser desechada como lo hizo el a quo, y, en consecuencia la providencia recurrida confirmada en lo pertinente.

Ya se dijo antes, y ahora se repite, que el doctor Mújica dice inmediatamente después, en el escrito presentado para sustentar la apelación, que:

"Debo observar que el doctor Rueda Herrera tiene vinculaciones económicas con el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y que si no lo taché en su oportunidad procesal fue por que ignoraba esa circunstancia, la cual se me reveló cuando la discusión del informe del doctor Merchán en la Sociedad Colombiana de Ingenieros".

La Corte debe anotar que no comprende qué objetivo persigue el abogado recurrente con esta advertencia, y que si se ocupa de ella es únicamente para demostrar a las claras con cuánto cuidado ha estudiado el asunto, no pretermitiendo al hacerlo, ninguna de las exposiciones de las dos partes, ni de los otros elementos que puedan servir para formar juicio.

Se dice que no se comprende qué objetivo persigue el doctor Mújica con la anterior advertencia, por dos razones a cuál más clara:

1) Dé conformidad con el precepto del artículo 708 del C. J.: "Los peritos son tachables como los testigos y recusables como los jueces, por los motivos o causales de recusación señalados en este Código".

Ahora bien; varias son las causas por las cuales, conforme al mencionado Código, pueden ser tachados los testigos, y varias también las causas por las cuales pueden ser recusados los jueces. Basta en efecto, para comprobar la anterior afirmación, leer los textos de los artículos 668 y 669 para los testigos, y 435 y 440 para los jueces.

Corresponde por tanto a las partes al tachar o recusar un testigo, lo mismo que al tachar o recusar un perito o un juez o magistrado, expresar claramente y de manera precisa por cuál o cuáles de las causales de tacha o recusación contenidas en la ley lo hacen, y no es suficiente para ello con que expresen el hecho que en su concepto configura la causal, dejando al juzgador la apreciación de si en realidad así ocurre, y de en cuál o cuáles de las causales legales encaja, por decirlo así, ese hecho, que es precisamente lo que hace el apoderado del actor en este juicio, quien, como se ha visto, no cita o invoca en concreto causal alguna:

2) Por terminante disposición del artículo 709: "Las tachas o recusaciones se proponen dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento" y este término es perentorio o de aquéllos que los prácticos denominan fatales, y, en consecuencia, improrrogable.

En autos no aparece constancia de que dentro de ese mismo término hubiese sido propuesta tacha o recusación alguna por la parte actora contra el doctor Rueda Herrera, sino que el mismo

doctor Mújica, como ya se transcribió, dice que dentro de la oportunidad procesal no tachó ni recusó al mencionado perito.

En estas circunstancias es manifiesta la improcedencia de la referida advertencia.

El otro ataque que a continuación endereza el abogado mencionado contra el auto recurrido en su escrito de apelación, es, como ya a su debido tiempo se dijo, el de que habiendo el Tribunal reconocido en su parte motiva, en la providencia que se revisa, la existencia de un error en que incurrió en su dictamen el perito doctor Perry, en la parte resolutive desechó la objeción.

La Corte anotó que, en verdad, a folios 7 del c. 12, se lee textualmente en el citado auto: "Existe un error del perito doctor Perry al reducir los años de supervivencia a meses, pues en realidad la cifra exacta es la de 432 meses. Lo tocante a la readaptación, es hipótesis planteada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles y por este motivo la respuesta del perito está desvinculada del cálculo del resarcimiento. Los demás ataques que se hacen al dictamen del doctor Perry equivalen a los enderezados contra el doctor Rueda Herrera, merecen iguales consideraciones e igual decisión", y que es igualmente cierto que en la parte resolutive no sólo no se declara probada la objeción por error propuesta contra ese dictamen por la parte actora, sino que, por el contrario, se dice expresamente: "**Segundo:** No está probada la objeción de error grave propuesta por la parte actora contra el dictamen de los expertos doctores Rueda Herrera y Perry".

Cabe, pues, preguntar: ¿existirá verdadera incongruencia entre las dos partes de la dicha providencia, al punto de que la parte resolutive en vez de fundarse en la motiva, a modo de ser como debe su consecuencia lógica y necesaria, la contradiga, o, por el contrario, se tratará tan solo de una aparente discrepancia, que puede hallar su explicación tácita en otros apartes o en otras expresiones de la misma providencia?

Para el doctor Mújica es lo primero, pero la Sala no acoge esta opinión porque considera que, aunque, en realidad, existe un error en el dictamen del doctor Perry, no es éste un error grave, del tenor de aquéllos que pueden hacer prosperar una objeción por error contra un dictamen pericial, como a continuación se pasa a explicar, y fue por lo tanto éste el motivo por el cual el Tribunal declaró no probada la objeción, aunque, se repite, no lo dijo expresamente en su providencia.

Y que el doctor Perry incurrió en un error en su dictamen, es cosa indubitable.

A folios 41 vto. del c. 8º dice en efecto el mencionado perito: "Para determinar la vida probable de Rodríguez, es preciso referirla a una fecha precisa de su vida, y para ello tomamos la misma fecha que han tomado los peritos principales que es la fecha de la sentencia de la H. Corte, o sea el 25 de junio de 1945. En esa fecha la edad de Rodríguez era de 23 años y 10 meses y 26 días, que para efectos de la determinación de la vida probable, se considera en 24 años según la práctica de las Compañías de Seguros. La referida tabla de la Contraloría, señala para la edad de 24 años una vida probable de 27,03 (sic) años, que es entonces la que probablemente quedaba a Rodríguez en la fecha mencionada. Como lo estiman, los peritos principales esta vida probable se identifica en el caso con la vida útil probable, porque a los 60 años y 10 meses, la vida es con probabilidad, vida útil". Después en el punto sexto de su dictamen (folios 42 a 44 vto.), el doctor Perry, luego de calcular la suma debida a Rodríguez por concepto de salario durante los diez meses y ocho días que duró hospitalizado, pasa a calcular igualmente la suma adeudada al mismo Rodríguez a partir de esa fecha hasta el 31 de agosto de 1946, último mes cuyo índice de costo de la vida era entonces conocido, a razón de las 4/5 partes del salario que aquél hubiera podido devengar, haciendo cálculos sobre el sueldo anterior y tomando en cuenta los índices elaborados para esos meses por la Contraloría General de la República, y, por último, (fls. 43 vto.) agrega textualmente: "(c) La tercera y última partida de la indemnización al señor Rodríguez la constituye la suma de las cuatro quintas (4/5) partes de los salarios que hubiera podido ganar dicho señor estando sano en el resto de su vida útil probable, esto es, en los 430 meses que le quedan desde el final de agosto de 1946 (último mes que figura en el cuadro anterior)" (subraya la Corte).

Se observa de lo anterior, que, en realidad, como lo anota el a quo, el perito incurrió en un error al hacer la reducción a meses, pues que en ningún caso se obtienen los 430 de que él habla.

En su escrito, como se deja expuesto, se lee textualmente, sin que aparezca corrección alguna, que a Rodríguez queda una vida útil probable de 27,03 (sic) años, los que, reducidos a meses, darían un total de trescientos veintisiete (327) meses, porque  $27 \times 12 = 324 + 3 = 327$ .

Pero, aún aceptando que se trate de un simple error de escritura que por falta de cuidado no corrigió el perito, y que, en realidad, lo que él afirma es que la vida útil probable de Rodríguez es de treinta y siete con cero tres (37,03) años, tampoco se obtiene, al reducir a meses este tiempo, la cifra de 430 que él da, sino la de cuatrocientos treinta y tres (433) porque  $37 \times 12 = 444 + 3 = 447$ , y, restando de este tiempo catorce meses (14) a partir del 30 de junio de 1945 hasta el 31 de agosto de 1946, se obtiene:  $447 - 14 = 433$  meses.

Como se observa, la diferencia es tan solo de tres (3) meses, y no alcanza por tanto a configurar error grave, debiendo, por otra parte, ser precisamente por este motivo, es decir, porque así lo estimó el a quo, que éste, a pesar de haber reconocido en la parte motiva de su auto la existencia de un error (el de que se ha venido hablando) en el dictamen del doctor Perry, desechó en la resolutive la objeción por error que contra el mismo dictamen enderezó el doctor Mújica.

Ni cabe decir contra lo afirmado, que, aunque la diferencia en meses resulta casi insignificante, la existente en cuanto a la indemnización, sí puede ser apreciable y haber por tanto lugar a un error grave, pues bastará para ello tener en cuenta lo siguiente:

El perito aplica (fls. 44) para calcular la indemnización debida a Rodríguez la siguiente fórmula:

$$A = C \frac{(1 r)^n}{R (1 R) n}$$

que reducida a números para el caso concreto, es, según el mismo:

$$A = 88,56 \frac{(1 0.005) 430 - 1}{0.005 (1 0.005) 430}$$

con lo cual se obtiene una suma de \$ 15.638.81.

Pero, aún prescindiendo de estos números complejos, puede apreciarse que la diferencia existente en las dos hipótesis es muy pequeña, multiplicando para ello 88.56 por 430, primero, y por 433 luego, porque en el primer caso se obtiene: 38.080.86 y en el segundo, 38.346.48 pesos.

El otro ataque enderezado por la parte demandante contra el dictamen del doctor Perry es, según se dijo, el de que incurrió igualmente en error grave "al fijar un período de vida probable de Rodríguez que no corresponde al dato dado por las tablas".

En su escrito de objeciones presentado ante el fallador de primer grado (c. 12, fls. 2), se expresa así al respecto el doctor Mújica:

"Objeciones al peritazgo del doctor Perry: El doctor Perry fija la vida probable de Rodríguez con base a la tabla de la Contraloría General de la República en 27.03 años, cuando lo que consta del correspondiente certificado es que a 24 años corresponde una vida probable de 37.03 años. A primera vista este error parece un 'lapsus' pero como el perito en la aplicación del salario a la vida probable la limita a 36 años, no se puede concluir en que haya incurrido en un error de máquina. Ese certificado de la Contraloría anexo a la demanda incidental, no fue objetado por la parte demandada, y desde ese punto de vista vincula a los peritos para los efectos de sus dictámenes".

Como atrás se dijo, el a quo no se ocupa en el auto que se revisa de esta objeción al dictamen del doctor Perry, por considerar que ella es idéntica a la formulada por igual motivo contra el dictamen del doctor Rueda Herrera, y queda por tanto resuelta con lo dicho respecto de esta otra.

La Corte no comparte este proceder del Tribunal porque halla que son distintas las dos objeciones, y es preciso por tanto estudiarlas por aparte.

En efecto, la objeción enderezada contra el experticio del último de los peritos nombrados, es la de que 'toma como base para determinar la vida probable de Rodríguez la tabla elaborada por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, cuando en realidad lo dispuesto por la Corte fue que se tuvieran en cuenta las tablas elaboradas por las compañías de seguros de vida en Colombia, tablas éstas que presentamos y obran en el expediente, según certificación expedida por la Contraloría General de la República' y "son entonces estas tablas certificadas por la Contraloría las que deben tenerse en cuenta, y de estas tablas se desprende que a 24 años de edad corresponde una vida probable de 37.03 años y no de 36 años que fueron los tomados como base por el doctor Rueda Herrera" (c. 12, folios 1 y 1 vto.).

Y entrando así a analizar la cuestión, es preciso observar de una vez que el propio doctor Mújica parece contradecirse, pues que, luego de haber afirmado en el aparte transcrito que el doctor Perry incurrió en error por cuanto fijó en 36 años la vida útil probable de Rodríguez, dando a entender así que estos 36 años los calculó el perito a partir del mes de junio de 1945, fecha en la cual quedaban a Rodríguez según las expresadas tablas, y tomando en cuenta la edad que él tenía entonces, una vida útil probable de 37.03 años, afirma más adelante que 'el perito doctor Perry a partir del mes de septiembre de 1946 estima en

36 años más la vida probable de Rodríguez, lo cual es cierto en relación con la tabla de las compañías de seguros de vida en Colombia, certificadas por la Contraloría General de la República" (fols. 2 vto. c. 12), es decir que no existe tal error en el dictamen del doctor Perry, por cuanto no es ya a partir del mes de junio de 1945, como en un principio parece afirmarlo el doctor Mújica, sino de una fecha muy posterior que este perito calcula en 36 años la vida útil probable de Rodríguez, lo cual lleva a concluir que aún para el citado abogado, el perito nombrado calcula en más de 36 años la vida útil probable que quedaba a Rodríguez en el mes de junio de 1945, y que, por tanto, aún para aquél, no existe el pretendido error.

Por otra parte, basta leer detenidamente el referido experticio para llegar a idéntica conclusión, es decir, que no existe el pretendido error de que se ha hablado, sino tan solo un "lapsus" de que se ha hecho ya mención.

"Deducir un índice medio y no aplicarlo; partir de un índice promedio y desconocerlo en la práctica" es el otro de los errores en que, según el apoderado de la parte demandante, incurrió el doctor Perry en su dictamen (fol. 4 c. 12).

El doctor Mújica en el escrito de objeciones explica cómo en su concepto el perito incurrió en este error.

Dice así a folios 3 del c. 12: "El doctor Perry al tomar los primeros índices de la Contraloría hizo la siguiente deducción: los períodos de seis años contenidos en la vida probable de Rodríguez, los podemos calcular sabiendo que, cada seis años, el costo de la vida aumenta en 13 puntos. Si con base en este aumento de 13 puntos calculamos el aumento total del costo de la vida en los 36 años de vida probable de Rodríguez, y a este gran total de aumento le sacamos la mitad, obtendremos el índice medio aplicable a esos 36 años futuros. Hechas así las operaciones tenemos: índice de 1.13 para el primer período, más 65 puntos de aumento en 36 años, a razón de 13 puntos cada 6 años, nos da un índice total de 178 puntos. Este índice total dividido por 2 nos dará el índice medio. Así raciocina el perito. Si por vía de discusión admitiéramos este raciocinio, al sueldo de Rodríguez debemos aplicarle necesariamente este índice de 139, como lo indica el mismo perito, pero acontece que hechas las operaciones deducimos que el perito no aplicó este índice. Dice el perito: 'Con este índice el salario mensual posible de Rodríguez en el tiempo que se considera, resulta de 110,70 y las 4/5 partes serían 88,56 mensuales'.

"No hay tal, señores Magistrados. Si al sueldo de \$ 90,00 de que parte el señor perito, le aplicamos un índice de 139, como él lo sugiere, el sueldo real es de 125,10 pesos mensuales, y las 4/5 partes serían la suma de \$ 100,08, a lo que equivaldría el sueldo mensual de Rodríguez". Hasta aquí la explicación del doctor Mújica.

En la parte pertinente del dictamen del doctor Perry, se lee (folios 43 vto. c. 8):

'c) La tercera y última partida de las indemnizaciones al señor Rodríguez la constituye la suma de las cuatro quintas (4/5) partes de los salarios que hubiera podido ganar dicho señor estando sano en el resto de su vida útil probable, esto es, en los 430 meses que le quedan desde el final de agosto de 1946 (último mes que figura en el cuadro anterior). Para hacer el cómputo de esa partida es necesario determinar previamente el salario mensual que hubiera podido obtener Rodríguez durante ese lapso. Aceptando, como se ha aceptado que ese salario debe estar de acuerdo con los índices del costo de la vida, y no pudiéndose conocer de antemano, cuáles pueden ser exactamente esos índices en el futuro, es preciso apreciar un índice probable medio para todo ese tiempo, deducido en cuanto sea posible a los índices que hasta hoy se conocen. Los datos recogidos por la Contraloría General de la República desde 1937, arrojan para el período de 9 años y ocho meses corridos hasta agosto último, un índice promedio de 139.0 asignando a febrero de 1937 el índice básico igual a 100. En el cuasidecenio considerado hubo años anormales. Aunque este índice promedio resulta elevado por efecto de los índices anormalmente altos de los años finales de la guerra y primeros de la post-guerra, sí se puede observar un aumento gradual en los seis primeros años normales del período que eleva el índice promedio para esos seis años a 113. Si se supone que el aumento medio de 13 puntos en el índice se conserva para los períodos subsiguientes de cada seis años, se obtiene para un lapso verdadero de 36 años un índice medio de 139, el que podemos adoptar con algún fundamento para el resto de la vida probable de Rodríguez en el tiempo que se considera resulta de \$ 110,70 y las 4/5 partes serán \$ 88,56 mensuales".

La Sala observa, por su parte, que si se examina con algún detenimiento el cuadro elaborado por el mismo perito para calcular los salarios debidos al demandante Rodríguez entre el mes de diciembre de 1941 y el de agosto de 1946, tomando en cuenta los índices del costo de la vida obrera elaborados por las Contraloría General de la Re-

pública, cuadro que obra a folios 42 vto. del c. 8, y que no fue objetado en su elaboración por la parte demandante; se puede comprobar fácilmente que a cada punto de aumento en el índice del costo de la vida corresponde para el doctor Perry un aumento de \$ 0.80 en el salario devengado por Rodríguez, pues que v. gr., cuando a un índice de 142 corresponde un salario de \$ 113,10 por mes, a un índice más elevado en 33 puntos, de 175, corresponde un salario de \$ 139,38 también mensuales, y que cuando a un índice de 113,9 corresponde un salario de \$ 90,72, a otro índice de 115,9 corresponde uno de \$ 92,31, y, por último, que en el mismo cuadro, a un índice de 139,1 corresponde un salario mensual de \$ 110,79, de todo lo cual puede fácilmente deducirse que si se acepta como acertados estos cálculos, como tácitamente lo hizo la parte demandante al no proponer objeción alguna contra los mismos, debe aceptarse como igualmente acertado el salario de \$ 110,70 mensuales señalado por el mismo perito doctor Perry para un índice promedio de 139, cuyas 4/5 partes son, como lo afirma él mismo, \$ 88,56, y no existe, pues, el pretendido error.

"No aplicar el índice de costo de la vida al salario nominal de \$ 99,90" y "por lo anteriormente expuesto llegar a conclusiones que no se comparan con la lógica matemática en el desarrollo de sus premisas" (c. 12, fls. 4) son otros dos errores en que, en concepto del doctor Mújica, incurrió el doctor Perry en su dictamen.

Sobre el particular se lee en el mismo escrito de objeciones presentado por el citado abogado (fls. 3 vto. y 4 del mismo cuaderno):

"Al contestar al punto 7º del cuestionario el señor perito se declara de acuerdo con el otro perito doctor Rueda Herrera o sea que el capital de \$ 22.954,62 colocado al 6% anual produciría \$ 1.377,88 por año, o sea \$ 114,77 por mes, la cual cantidad es mayor en 14,87 que la de \$ 99,90. Debo advertir que al hacer la demanda de liquidación si bien no se hizo la aplicación exacta de los índices del costo de la vida, si se tuvieron en cuenta, y así quedó expresamente consignado en dicha demanda. Solo basta aplicar el índice que los mismos peritos llaman índice medio de 114,88, para que se obtenga el salario real de Rodríguez, o sea la suma de \$ 114,77 mensuales. Si partiendo del sueldo de \$ 99,90 asignado a Rodríguez en la demanda, le aplicamos el índice medio de 114,88, índice éste deducido por el doctor Rueda Herrera y aplicado por el doctor Perry en contradicción con su propio planteamiento, tenemos que el sueldo

real de Rodríguez sería precisamente la suma de \$ 114,77 mensuales, o sea la renta de un capital de \$ 22.954,62 colocado al 6% anual".

Y un poco después: "Decíamos antes que el cálculo del doctor Perry lo había llevado a afirmar que para períodos de 6 años normales el índice promedio es de 113 y que por lo tanto se puede suponer que el aumento medio de 13 puntos en el índice se conserva para los períodos subsiguientes de cada 6 años.

"De acuerdo con este planteamiento su consecuencia matemática y lógica es la de que en 36 años ese índice es de 178 que aplicado al sueldo de \$ 90,00 de que parte el perito daría un sueldo real de \$ 160,20 mensuales, cuyas 4/5 partes arrojarían la suma de \$ 128,16 mensuales, cifra ésta última que debió servir de base al doctor Perry para desarrollar la fórmula de Garuffa, y no la arbitraria y contraria a sus propios razonamientos que él aplicó".

La Corte no encuentra fundada esta nueva objeción.

En efecto, sin duda es cierto que si el índice del costo de la vida aumenta 13 puntos por cada período de 6 años normales, en seis períodos, es decir, en 36 años, aumenta 78 puntos, o sea que al finalizar los 36 años de vida probable de Rodríguez, suponiendo que este tiempo fuera todo normal, como lo supone para realizar sus cómputos el doctor Perry, y partiendo de un índice inicial igual a 100, el índice de costo de la vida sería de 178, pero esto no quiere decir en modo alguno, que durante todo ese tiempo de 36 años ese índice sería de 178.

Es, por tanto, preciso, como lo hace el perito, buscar un índice promedio, el que éste calcula en 139, resultante, como se vio, de dividir por 2 el ya citado índice final de 178.

Mal puede, pues, decirse, como lo pretende el doctor Mújica, que el índice a aplicar al salario inicial para obtener el salario promedio, sea el de 178 y no el de 139 que aplica el perito. Esto es precisamente lo acertado, y aquello constituiría por el contrario un error grave en el cómputo, de todo lo cual se concluye, en último término, que las nuevas objeciones tampoco pueden prosperar.

Los otros ataques enderezados por la parte actora contra el dictamen del doctor Perry consisten en que:

"1) Incurrió en error grave el perito al considerar, interpretando mal la sentencia de la Corte, que el pago que se hace a Rodríguez corresponde a un anticipo de pensiones periódicas. Basta leer el

pediente para comprender claramente que la Corte se negó a condenar al pago de una pensión; (2) El perito estima que, como no hay determinados los índices promedios, es preciso hacer su determinación para efectos de este peritazgo. Parte de la base de lo hecho por la Contraloría General de la República cuya investigación se inició en 1937 con un índice igual a 100. Con este razonamiento lo lógico para el perito hubiera sido establecer el índice promedio, pero no hizo esto sino que resolvió investigar un índice probable medio. Para la elaboración de este índice el perito descartó lo que él denomina años de condiciones anormales, o sean los finales de la guerra y primeros de la post-guerra y sólo toma en cuenta los primeros seis años de la investigación de la Contraloría que el perito llama normales".

Respecto de lo primero agrega el doctor Mújica, que en su concepto la negativa de la Corte obedeció a dos motivos: "el de la inseguridad para el demandante sobre la efectividad de pagos futuros y el de la injusticia para ambas partes que significa una pensión fija sin consideración a las fluctuaciones del costo de la vida".

"El criterio de la Corte —sigue diciendo este abogado— es el del sistema del pago inmediato en dinero, pago que corresponde al valor del perjuicio, teniendo en cuenta que este perjuicio y no la pensión se presenta en el decurso de varios años, de ahí la razón de los descuentos, los cuales por lo tanto no pueden ser como si se tratara de una deuda exigible en cuotas sucesivas periódicas a través de un largo pero determinado tiempo. El tiempo futuro de la vida de Rodríguez es un elemento del cálculo de la vida probable del mismo, pero tal tiempo no se puede tomar como descomposición de cuotas periódicas sino como un índice necesario para la fijación del perjuicio actual y real que él sufre con motivo de su incapacidad para el trabajo" (c. 12, folios 2 vto.).

El segundo error en el procedimiento del perito consiste para el doctor Mújica en que: el doctor Perry no tuvo en cuenta que todos los tratadistas de Economía, sin excepción, están de acuerdo en que la crisis económica iniciada en el año de 1929 no ha terminado aún. Para 1937 el mundo producía mucho menos en sus distintas ramas industriales de lo que manufacturaba en 1928 en relación con las necesidades del consumo. Sabemos nosotros, porque lo estamos viviendo, que el mundo no ha solucionado todavía su crisis de productos alimenticios y que está muy lejos todavía la época de la recuperación. Luego ese ín-

dice de 1937 a 1943 es índice de depresión económica, especialmente en Colombia, como consecuencia de la disminución de la producción europea y norteamericana, en virtud de la política armamentista de los países del eje que culminó con la iniciación de la guerra que acabamos de pasar".

Y en el escrito presentado para sustentar la apelación ante esta Sala, (c. 14, fols. 6 vto.): "En cuanto a las objeciones formuladas al peritazgo del doctor Perry, el Tribunal estima la existencia de un error, y sin embargo en su parte resolutive rechaza la objeción. Pero hay más: el índice promedio para el perito Perry es de 113. El índice de la Contraloría empezó en 1937 igual a 100. A los seis años, o sea en 1943 el índice era de 142,3. ¿De dónde salen los 13 puntos de aumento para seis años? El índice de 113 corresponde a 1941, es decir a los 4 años. El verdadero error del Tribunal consiste en que prescindió de la consideración de que en matemáticas quien plantea un problema y expone el método adoptado para su resolución, no puede alterar caprichosamente los datos, debido a que cualquier persona conociendo el sistema y los datos, tiene que llegar al mismo resultado".

En cuanto a la primera de estas objeciones, observa la Corte que en verdad, como lo anota la parte actora, la Sala en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata, acogió el sistema del pago inmediato para efecto de la indemnización debida a Rodríguez.

A folios 45 del c. 4, se lee en efecto: "Por su parte ha considerado la Corte que el sistema de pago que se acaba de mencionar (se refiere al establecido por el Tribunal en la sentencia de primer grado) puede presentar dificultades de orden práctico y de ahí que considere preferible un sistema de pago inmediato en dinero, naturalmente teniendo en cuenta, como se ha venido practicando en numerosos casos de indemnización de perjuicios que han estado al conocimiento de los Tribunales Superiores y de la Corte, que por lo regular el perjuicio se presenta sucesivamente en el decurso de varios años y que por consiguiente hay lugar a descuentos para cuyo cómputo han de hacerse los correspondientes cálculos matemáticos".

Pero no halla la Sala dónde se encuentre en el dictamen del perito doctor Perry el error que apunta la parte demandante, consistente en una discrepancia entre el procedimiento seguido o adoptado por éste, y lo ordenado en la sentencia de segundo grado, cuya parte pertinente se acaba de reproducir.

Si se lee el citado experticio a folios 44 del c. 8, fácilmente se puede comprobar que en armonía con lo preceptuado por la Corte, el doctor Perry determina la suma debida a Rodríguez por este concepto, haciendo para ello los cálculos de que habla la sentencia con el objeto de obtener los descuentos a realizar, teniendo precisamente en cuenta que el pago ha de tener lugar de una vez.

Atrás se transcribió la fórmula que aplica con tal fin el doctor Perry, con la cual obtiene la suma de \$ 15.638,81. No hace por tanto falta reproducir aquí las consideraciones del experto al respecto para comprobar la veracidad del anterior aserto.

No considera la Corte fundada tampoco la otra objeción propuesta por el apoderado de la parte demandante, pues que en su concepto el método seguido por el perito, lejos de constituir un error y, más aún, un error grave, es acertado.

Nadie puede negar, pues es un hecho evidente y de dominio público, que en el período comprendido entre 1937 y 1943, en lo que toca con el costo de la vida hubo años anormales no sólo en Colombia sino en el mundo entero debido a las repercusiones de toda especie que en lo económico tuvo la conflagración de carácter verdaderamente mundial que duró de 1939 a 1945.

Pues bien: como se trata de hacer cálculos para un período futuro, cuyas condiciones son en absoluto desconocidas y que nadie puede prever con matemática e infalible certeza, aunque posiblemente estas condiciones de anormalidad que caracterizan el período inmediatamente anterior, se acentúan cada día más, en lugar de que ocurra un retorno a la normalidad, y esto por mucho tiempo a lo menos, como, se repite, se trata de hechos futuros para todos desconocidos e inconocibles, aunque sea con mediana seguridad, no es posible, en tratándose, como en el caso de autos, de una indemnización, afirmar en justicia que el costo de la vida será en los años por venir igual, cuando menos, al de años pasados de reconocida anormalidad, y con base, o tomando en cuenta, los índices, por consiguiente, anormales también, del costo de las subsistencias en esos mismos años, calcular el monto de la referida indemnización, sino que es preciso considerar, aunque quizá sea en realidad con poco fundamento, atendidas las actuales circunstancias, que todo el porvenir en que se calcula durará la vida probable del demandante, será de una absoluta normalidad económica, y computar por lo tanto el costo de la vida en ese mismo tiempo, tomando en cuenta un índice pro-

medio obtenido de considerar únicamente los índices de años normales pretéritos, que es precisamente lo que hace en su dictamen el doctor Perry.

Ni cabe decir, como parece sugerirlo el apoderado del actor, que también los años de 1937 y 1943, cuyos índices tomó en cuenta el perito para calcular el promedio, son años de anormalidad económica por cuanto ésta o la crisis mundial se inició en 1929 y no ha concluido aún, porque, aunque se acepte en gracia de discusión que así sea, pues no corresponde a la Corte entrar ahora en la comprobación de este hecho, es a todas luces indudable, sin embargo, que el nuevo hecho de la guerra comenzada en 1939 agravó todavía más la anormalidad económica, y aceleró también más su progreso, y, en consecuencia, los años descartados por el perito son siempre más anormales que los comprendidos entre 1937 y 1943.

Por otra parte, como sólo en 1937 comenzó la Contraloría las investigaciones sobre el costo de la vida y la consiguiente elaboración de los índices correspondientes, y no existen por tanto datos de años de una mayor normalidad económica, se vio el doctor Perry precisado a realizar sus cálculos con base en los datos de esos años, sin que pueda por ello tacharse de error su peritazgo. En todo caso, además, es esta una cuestión que favorecería a la parte demandante, la cual no puede oponer por consiguiente reparo alguno.

Como ya se dijo, en el escrito de segunda instancia, propone el doctor Mújica un nuevo reparo al dictamen del doctor Perry, reparo consistente en que, según él mismo, el perito erró al calcular en 13 puntos el aumento que sufre el índice del costo de la vida cada seis años.

La Corte se abstiene de considerar esta nueva objeción, por cuanto de ella no trató el apoderado de la parte demandante en su escrito de objeciones al dictamen presentado ante el Tribunal, o dicho de otro modo, no objetó el dictamen del doctor Perry por este motivo ante el juzgador de primer grado, y, sabido es que, conforme al precepto del artículo 720 del C. J., las partes sólo pueden objetar los dictámenes de los peritos dentro de los tres días siguientes a aquél en que se les haya puesto en conocimiento, en cumplimiento del artículo 719, y ha pasado, en consecuencia, en el caso de autos, la oportunidad legal para hacerlo.

En el memorial de apelación dice además el apoderado de la parte demandante: "Desde otro punto de vista rechazo por injurídico e injusto el considerando del Tribunal que lógicamente lleva a inducir que Rodríguez debería devengar un salario

inferior a \$ 90.00 mensuales. Afirma el Tribunal que el índice del costo de la vida nunca guarda relación con el salario, de un lado, y de otro lado, que Rodríguez por no ser obrero de fábrica sindicalizado no podía ejercer sobre su patrón un influjo suficiente para que su salario resultara paralelo al de aquéllos".

Y en seguida agrega: "Suplico a vosotros el favor de revocar el auto interlocutorio apelado y en su lugar fijar la cuantía de los perjuicios de Rodríguez, con base en los datos de las 6 pericias, seleccionando aquéllos con vuestro sano criterio jurídico".

En relación con lo primero, la Sala se abstiene de prohiar o de rechazar lo expuesto por el **a quo** en el aparte a que hace referencia el doctor Mújica, por cuanto las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico, y, por consiguiente, las doctrinas que en ellas se sustenten o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutive, es decir, esas doctrinas y considerandos deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más.

Habiendo, pues, la Corte analizado una a una las decisiones adoptadas por el Tribunal y las objeciones propuestas por la parte actora, carecería de objetivo, o resultaría académico y extemporáneo, por consiguiente, el que ella se detuviera a pronunciarse, a emitir su concepto, en relación con tesis de carácter general sostenidas por aquél en su providencia materia del presente recurso.

De la última parte transcrita del memorial de apelación, parecen sacarse dos conclusiones: que el abogado tantas veces mencionado pretende que la Sala revoque el auto recurrido aún en aquella parte en que ordena la práctica de un nuevo peritazgo, y que, consecuentemente, éntre la Corte a hacer de una vez en esta providencia la regulación del monto de la indemnización.

La Sala rechaza por improcedentes ambas solicitudes, porque ante todo no puede revocar la orden dada por el Tribunal de proceder a la práctica de un nuevo peritazgo, porque existiendo, como en realidad existe, una discrepancia entre el monto señalado por los peritos para la indemnización, desacuerdo que excede del 50% entre los dos extremos, el fallador de primer grado, de conformidad con el precepto del artículo 721 del C. J., goza de la doble facultad de hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o de de-

cretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe, y la Corte no puede como superior de segunda instancia, restringir por una parte esa facultad legal, ordenando al **a quo** proceder de uno u otro de los modos indicados, ni revocar por motivo alguno en esta parte la providencia recurrida, porque sabido es que la revocatoria solo puede obedecer a que el superior considere contrario a la ley o a la justicia lo resuelto por el inferior.

La segunda solicitud es igualmente improcedente porque la Corte está conociendo del proceso tan solo a virtud de apelación contra el auto que decidió acerca de las objeciones propuestas contra el dictamen de los peritos, y además porque según el precepto del artículo 553 del C. J. la regulación corresponde hacerla al Juez o Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, y, por último, ella se hace, caso de haber sido impugnada la liquidación y abierto a prueba el incidente, una vez que ha concluido el término probatorio, lo que no sucede en el caso de autos.

No está por demás advertir que conforme al artículo 718 del C. J., sobre un mismo punto solo debe pedirse y practicarse una pericia una vez en cada instancia; mas en el caso de autos la Sala se encuentra en presencia de dos peritazgos ordenados por providencias ejecutoriadas.

Es obvio que de acuerdo con el precitado artículo si el primer dictamen tiene las condiciones legales, sería ineficaz el segundo sobre los mismos puntos. Empero, como los peritazgos se refieren en varias partes a puntos diferentes, no sería el caso del artículo 718 del C. J.

El Tribunal tendrá en cuenta en la práctica de la nueva peritación, el precepto mencionado, ya que el experticio de los peritos abogados queda en firme.

En mérito de lo discurrido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el numeral primero de la providencia apelada, y en su lugar declara no probada la objeción por error grave propuesta por la parte demandada contra los dictámenes de los doctores Rodrigo Jiménez Mejía y Jorge Gaviria Salazar.

En lo demás se confirma, con la reforma de que la pericia que ha de reemplazarse es la de los doctores Jorge A. Perry, Franco Rueda Herrera y Ricardo Dussán.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás P., Secretario.**

## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1.—Para que pueda establecerse una acción indemnizatoria contractual es indispensable que se compruebe la existencia del contrato y que uno de los celebrantes lo incumplió.

2.—La tesis del Tribunal sentenciador, conforme a la cual “el personal que maneja los trenes forma parte del organismo del Consejo Administrativo de Ferrocarriles” y “siempre que un agente de esa administración obra en calidad de tal es la misma entidad la que obra porque mediante la personificación de la entidad moral ésta obra por medio de sus órganos, a semejanza de la persona natural y física”, es demasiado general, pues en ella no se hace distinción alguna en relación con las diversas categorías de agentes en la persona jurídica. No todos los empleados de que se valen esas entidades son, en efecto, propiamente órganos, pues al paso que éstos se hallan constituidos por personas físicas, necesarias, imprescindibles, hay también en las personas jurídicas otros dependientes que los entes colectivos utilizan en el desarrollo de sus actividades, pero que no tienen la misma preponderancia. Estos dependientes se asemejan a los que emplearía cualquier patrón individual, sin que por eso se les clasifique como órganos, ya que nada deciden o resuelven, sino que obedecen a las instrucciones que se les dan. Sostener que un conductor de vehículos, un maquinista o un portero son para el caso lo mismo que los gerentes, sería desconocer la diferencia de labores y las características de los distintos oficios. Dentro de una concepción que no se base en la idea de persona jurídica, sino en el concepto de persona-organismo, todos los dependientes podrían considerarse como piezas de un mecanismo, sin establecer diferencias sustanciales, sino meramente accidentales en atención a la calidad o intensidad de las labores.

De conformidad con las leyes creadoras del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es a éste a quien corresponde la administración de tales empresas, de suerte

que el obrar de sus miembros puede comprometer directamente a la nación propietaria de ferrocarriles. En el caso del proceso la culpa no se atribuye ni al Consejo de los Ferrocarriles, ni a los gerentes de la empresa, sino a subalternos distintos.

3.—Las prescripciones de corto tiempo corren contra toda clase de personas, de conformidad con el artículo 2545 del Código Civil. Es la inercia del acreedor en las condiciones establecidas en la ley, lo que produce la extinción del crédito, de donde se infiere que es el legislador quien determina todo lo relativo a las causales de suspensión en la prescripción, ora se trate de las de largo o breve tiempo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Por apelación legalmente interpuesta y concedida corresponde a la Sala revisar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en el juicio ordinario seguido por Fulgencio Ramírez Pichimatá y otros contra la Nación representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

La parte resolutive de la providencia recaída sobre el negocio dice así: “En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## Declara:

1º—Es responsable civilmente la Nación colombiana, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, del accidente ferroviario ocurrido al señor Aristides Ramírez el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y nueve en la estación de Cachipay y en que perdió la vida.

2º—Condénase a la misma entidad de derecho a pagar a los señores Fulgencio, Luis Alberto, Gui-

llermo, Teresa y Rosa Ramírez el valor de dos mil pesos a cada uno como perjuicios morales subjetivos, y a los perjuicios materiales ocasionados a los demandantes por razón de la muerte del expresado señor Aristides Ramírez.

La cuantía de los perjuicios materiales se fijará conforme al procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta para ello la edad del señor Ramírez, su estado sano y lo que producía y necesitaba para su sustento.

Se dará cumplimiento al artículo 553 *ibidem*.

3º—Declárase no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

4º—No es el caso de hacer ninguna declaración en favor de Alcides Ramírez por no haber demostrado su personería sustantiva”.

Se adujeron como hechos fundamentales los siguientes, sintetizándolos: que los actores, como hijos legítimos del premuerto, tienen interés jurídico para demandar; que su padre había comprado tiquete para viajar en el ferrocarril de Girardot a Bogotá; que en la estación de Cachipay el tren lo atropelló y le causó la muerte por culpa de la Nación “tanto en su calidad de dueña del ferrocarril Bogotá, Girardot, Tolima, Huila, en cuya línea funcionó en la fecha indicada el tren que causó las lesiones y la muerte al padre de mis mandantes, como por administrar directamente esa línea de transportes, como por sus agentes o funcionarios del servicio público aludido, por todos sus aspectos”; que el señor Ramírez, hombre correcto y laborioso, se encontraba antes del suceso perfectamente sano; que los demandantes, además del dolor que les causó la tragedia, quedarán privados de todos los recursos materiales que su padre podía producir.

El acontecimiento se verificó el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y nueve; la demanda se introdujo el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, y por algunas incidencias, sólo se dio el traslado de ella el diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

El señor Administrador de los Ferrocarriles, descorrió el traslado y propuso a la vez la excepción de prescripción extintiva de la acción, con base en el inciso 2º del artículo 2358 del C. C. y luego en el alegato de primera instancia fue concretada de modo especial por el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales.

#### Los hechos:

La narración se basó en varias declaraciones, entre las cuales se encuentran las de Belarmina Pi-

chimata y Santos Suárez, que tienen parentesco con los demandantes, pero no el suficiente para que se les pueda considerar impedidos para declarar al tenor del artículo 669 del C. J. Tampoco están los festigos en las circunstancias del artículo 670 del mismo Código.

Al respecto se expresa así el **a quo**:

“Belarmina Pichimata: Dice que vio cuando Aristides Ramírez compró el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en las horas de la tarde, porque estuvo con él, un tiquete en Cachipay para viajar a Zipacón, pero no lo vio cuando se embarcó en el tren y que cuando compró el tiquete le vio sano y salvo. Luego explica: Yo no presencié cuando el tren lo atropelló, pero sí tuve ocasión de ver al citado Ramírez, después del accidente, en la estación de Cachipay, y lo vi que estaba hecho pedazos puede decirse, porque el tren lo molió, pues yo le vi la pierna derecha destrozada y vi también tenía mutilados los dedos del pie izquierdo o al menos el dedo chiquito se le zafó. El señor Ramírez en esos momentos todavía estaba vivo pero ya no tenía pronunciación, es decir, no podía hablar. Además dice: “Yo no supe si se bajaría del tren el señor Ramírez en la estación de Cachipay; por el contrario en esa estación lo que le tocaba era subir al tren”.

“Siriaco Rincón: Dice que antes del accidente o sea el 5 de noviembre de 1939 vio bueno y sano a Aristides Ramírez, que estuvo conversando con él media hora antes del accidente y que no lo vio embriagado ni que estuviera libando licor. En cuanto al accidente dice: “Yo no presencié el acto del atropello que el tren le hizo al señor Aristides Ramírez, pero como yo estaba en la misma estación donde ocurrió pude inmediatamente darme cuenta y fue así como lo vi caído al pie del tren completamente lleno de heridas”.

“Santos Suárez: El día 5 de noviembre de 1939 vi en Cachipay al señor Aristides Ramírez quien se encontraba vendiendo papa, alentado. Cuando el tren que pasa por esa estación se iba a venir en dirección a esta ciudad de Bogotá, yo ya había tomado pasaje para regresarme a Zipacón, y estando ya subido yo en el tren, se me acercó Belarmina Amarillo y me dijo que un Zipacón había sufrido un accidente ahí en la estación; yo me asomé a la plataforma del carro del tren y vi un grupo de gente como en la novelaría de algo que había ocurrido; entoces me bajé a ver qué era, y vi que Aristides Ramírez estaba caído manando sangre y con lesiones y heridas muy graves y decían que el tren lo había machachado (sic),

pero yo no vi el acto mismo en que tal cosa ocurriera, acto seguido subieron al tren al herido y yo lo acompañé hasta la casa de salud del doctor Vela que queda entré Cachipay y la Florida. Yo por tratarse de un amigo y paisano, me estuve en dicha clínica hasta que el enfermo murió un rato después de haberlo entrado a la clínica". También dice el testigo que no vio qué Ramírez estuviera embriagado.

La muerte de Ramírez legalmente probada y las declaraciones anteriores no dejan ninguna duda de que la víctima sufrió un accidente causado por un atropello. Indudablemente que para ser machacado Ramírez, tenía el tren que estar en movimiento. Dice el señor abogado de los ferrocarriles en su alegato: "Es imposible, de toda imposibilidad, señor Magistrado, ser atropellado uno, cuando viaja en el mismo convoy, se atropella a quien viaja por las líneas o se estaciona en lugar aledaño a ellas".

Para la Sala sentenciadora el hecho que relatan los testigos Rincón y Suárez de haber visto sangrante y machacado a Ramírez al lado del tren forma una presunción de hombre de la cual se debe colegir que Ramírez sufrió el accidente causado por el tren.

### Responsabilidad extracontractual

Para que pueda establecerse una acción indemnizatoria contractual es indispensable que se compruebe la existencia del contrato y que uno de los celebrantes lo incumplió. En el asunto **sub judice** sólo un testigo se refiere a la compra del tiquete, mas un testimonio solo no es plena prueba, por lo cual el debate ha de situarse en el terreno de la culpa aquiliana. De otro lado, los actores reclaman ante la justicia una reparación, en su calidad de personas unidas consanguíneamente con la víctima, por los perjuicios que ellos recibieron, al faltarles su progenitor; no se presentan a pedir para la sucesión de Ramírez. Supuestas estas condiciones, la acción puede originarse en una culpa extracontractual producida por el tren, que al ponerse en movimiento por actos de los conductores causó la muerte de Ramírez.

Sobre esto dice el Tribunal a quo: "Los herederos de la víctima de un accidente mortal pueden colocarse a veces en el terreno de la responsabilidad extracontractual, aunque la culpa del responsable haya sido de naturaleza contractual, frente a la víctima, como acontece en el caso del accidente mortal del transportado. Con mayor razón tienen la acción extracontractual de responsabilidad

civil cuando la falta del responsable para con su causante fue de naturaleza cuasi delictual, como sucede en el accidente que se invoca. En efecto, si bien se dice que compró tiquete Ramírez para viajar de Cachipay a Zipacón se expresa claramente en el hecho tercero de la demanda que el tren lo atropelló y no se dice que sufrió el accidente durante el desarrollo del contrato, ni tampoco que sufriera el accidente a causa de una catástrofe ferroviaria. Es obvio que si el tren lo atropelló, no iba en el tren, no cayó del tren. Luego no fue en desarrollo del contrato de transporte que Ramírez fue víctima del atropello ni la demanda da asidero para sostener que se basa en la violación del contrato de transporte".

Aunque el hecho 3º del libelo en forma general alude, ora a los agentes de la empresa como al mal funcionamiento de ella, lo que parece indicar que la demanda se basa en descuidos de la dirección principal y de sus subalternos, permite también una interpretación acorde con todos los elementos procesales. En efecto, allí se empleó el término "atropelló", lo que vale tanto como decir que los causantes de la tragedia, fueron los que estaban encargados de la conducción del tren. Esta hipótesis no la desconoce el apoderado de los actores, cuando dice en su alegato de primera instancia: "... tampoco es cuerdo creer que sólo yendo dentro del vehículo, estrellándose, volcándose, etc., el tren, es posible que éste atropelle a un pasajero o le cause lesiones mortales; si el tren sale antes de transcurridos los momentos subsiguientes, de costumbre, a las dos campanadas que anuncian su salida, o bien sale bruscamente en forma que lance a tierra al pasajero que está subiendo a él o colocando sus equipajes, o en fin, en alguna forma a su salida lesiona al pasajero y lo mata...". El accidente debió ser causado por el hecho o la negligencia de un maquinista que conducía el tren, del jefe de estación, que no impidió el acceso de la víctima al convoy en momentos en que éste ya se hallaba en movimiento, o de cualquier otro empleado de la misma estación de Cachipay, que permitió que Ramírez se acercara al tren que ya se estaba moviendo. En todo caso lo más natural es considerar que se trataba de agentes que no tenían la representación de la empresa.

### La prescripción

Sobre esta materia es preciso rememorar lo que dice el artículo 2358 del C. C.: "Las acciones para la reparación del daño provenientes de delito o

culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

“Las acciones para la reparación del daño que pueden ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto”.

Comentando esta norma dijo la Sala de Casación Civil: “Entre las varias interpretaciones del artículo 2358 no puede dejarse de mencionar aquella según la cual por hablar su inciso 1º de los que sean punibles” y por datar los tres años de la parte final de su inciso 2º “desde la perpetración del acto”, palabra ésta (perpetración) que lleva a suponer que se trate de delito penal, ese lapso corto se refiere tan solo a los casos de actos de esta clase. Inaceptable esa interpretación limitativa que excluiría, cabalmente, los actos restantes, es decir, los que no se llega a delito de carácter penal. Basta pensar cuán absurdo resultará tratar con benignidad los casos más graves, o sea los de posible acción criminal, y dejar la prescripción de largo tiempo para los casos en que no hay lugar a esa acción, sino sólo a la civil.

“Por otra parte, ese inciso 2º se refiere en forma genérica a la acción sobre reparación de daño ejercitable contra terceros responsables, para asignarle una prescripción de corto tiempo, lo que es de justicia, entre otras razones, por la dificultad en que el tercero se halla para precisar con las pruebas necesarias las circunstancias que pueden evitar o aliviar la indemnización, dificultad que crece con el transcurso del tiempo y también con la posibilidad de que ese tercero autor por quien responde ya no esté bajo su patria potestad o su guarda, o en su colegio, o a su servicio. (Artículos 2347 a 2349 del Código Civil)”. G. J., Tomo 52, pág. 195).

El Tribunal para llegar a la conclusión de que la excepción no se ha demostrado, razonó así: “El personal que maneja los trenes forma parte del organismo del Consejo Administrativo de Ferrocarriles. Siempre que un agente de esa administración obra en calidad de tal, es la misma entidad que obra, porque mediante la personificación de la entidad moral, ésta obra por medio de sus órganos, a semejanza de la persona natural y física”. Y más adelante agrega: “De lo expuesto se desprende que la persona moral es responsable directamente de los actos de sus órganos, porque a los ojos de la ley son sus propios actos y esta res-

pensabilidad directa de la persona moral se configura si no ha obrado de manera prudente y diligente.

“De lo anterior se infiere por ende que la responsabilidad del Consejo de Ferrocarriles no es en el presente caso indirecta y que no debe aplicarse el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil que dice “que la prescripción de la acción, tratándose de responsabilidad indirecta, es de tres años”.

Pero la Corte observa que la tesis transcrita es demasiado general, pues en ella no se hace distinción alguna en relación con las diversas categorías de agentes en la persona jurídica.

No todos los empleados de que se valen estas entidades son, en efecto, propiamente órganos, pues al paso que éstos se hallan constituidos por personas físicas, necesarias, imprescindibles, hay también en las personas jurídicas otros dependientes que los entes colectivos utilizan en el desarrollo de sus actividades, pero que no tienen la misma preponderancia. Estos dependientes se asemejan a los que emplearía cualquier patrón individual, sin que por eso se les clasifique como órganos, ya que nada deciden o resuelven, sino que obedecen a las instrucciones que se les dan. Sostener que un conductor de vehículos, un maquinista o un portero son para el caso lo mismo que los gerentes sería desconocer la diferencia de labores y las características de los distintos oficios.

Dentro de una concepción que no se base en la idea de persona jurídica, sino en el concepto de persona-organismo, todos los dependientes podrían considerarse como piezas de un mecanismo, sin establecer diferencias substanciales, sino meramente accidentales en atención a la calidad o intensidad de las labores.

De conformidad con las leyes creadoras del Consejo de Ferrocarriles, es a éste a quien corresponde la administración de tales empresas, de suerte que el obrar de sus miembros puede comprometer directamente a la nación propietaria de ferrocarriles. Mas, en el negocio cuestionado la culpa no se atribuye ni al Consejo de los Ferrocarriles, ni a los gerentes de la empresa. Se trata de subalternos distintos.

La Sala de Negocios Generales de esta Corte en sentencia de 15 de mayo de 1944 (G. J. n. 2010 a 2014) dijo: “Las relaciones de la entidad pública con terceros, en virtud de las cuales surge el derecho a la indemnización de los perjuicios, son idénticas a las de la empresa privada con terceros para igual propósito. La empresa privada incurre en responsabilidad directa cuando los actos que

realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores o gerentes, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad; en los demás casos su responsabilidad es indirecta. La entidad pública compromete su responsabilidad directa, análogamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; **si los actos o las omisiones provienen de otros agentes suyos, la responsabilidad es indirecta**" (subraya en esta ocasión la Sala).

"Para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas y públicas, —prosigue en la misma sentencia la Sala— la Corte adopta el siguiente criterio: habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que la ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que dirige' y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos. Resumiendo el pensamiento de Planiol y Ripert, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay empleados públicos que no son funcionarios y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades. Y hay que observar que esa calidad de órgano es muchas veces permanente y en otras especiales transitoria, siendo de la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

"La culpa por la mala elección en que incurre el órgano de una persona moral es inmediata y directa por lo que mira a la elección misma, pero es mediata e indirecta en relación con los hechos que ejecuta el agente del elegido. Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta, mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren las personas que forman dichos órganos, o porque llevan ellas su voluntad sobre el agente obligándolo en determinado sentido, en un caso especial".

Y en reciente sentencia de veintisiete de octubre de 1947, la Sala de Casación Civil sustentó idéntica tesis. Se expresa así la Corte en esa sen-

tencia (G. J. n. 2053 y 2054): "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 que 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 responsabilidad. 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".

Sentado lo anterior, debe forzosamente concluirse que la acción tendiente a obtener la reparación del perjuicio, de la entidad indirectamente responsable, prescribe, como lo dispone el inciso 2º del artículo 2358 del citado código, "en tres años contados desde la perpetración del acto".

Y como el accidente ocurrió el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, y la demanda, según constancias de autos, fue presentada el veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, admitida el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y notificada el diez y ocho de octubre de ese año, síguese que cuando se ejerció la acción ésta ya había prescrito, porque habían transcurrido más de tres años y que en consecuencia, sí está probada la excepción perentoria de prescripción de la acción, propuesta por el apoderado de la parte demandada en la contestación de la demanda.

Cabe, sin embargo, preguntar ahora: ¿habiendo entre los demandantes un menor podría decirse que la prescripción extintiva se suspendió en tal caso? Si por encima del interés individual no estuviese el público que requiere que ciertas acciones no duren largo tiempo, la respuesta dentro de cierta lógica debería ser afirmativa. Pero ello no es así porque otra fue la concepción del legislador cuando expresó en el artículo 2545 del C. C.: "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de cierto

actos o contratos se mencionan en los títulos respectivos; y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla". De suerte que es la inercia del acreedor en las condiciones establecidas en la ley lo que produce la extinción del crédito, de donde se infiere que es el legislador quien determina todo lo relativo a las causales de suspensión en la prescripción, ora se trate de las de largo o breve tiempo.

Como en el asunto actual se trata de una responsabilidad indirecta, es de aplicación el inciso 2º del artículo 2358 en armonía con el 2345 preinserto, ambos del C. C.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de once de octubre de

mil novecientos cuarenta y cinco, proferida en el juicio ordinario seguido por Fulgencio Ramírez Pichimata y otros contra la Nación, representada en este juicio por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. En su lugar declara probada la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, propuesta por la parte demandada, y en consecuencia, ABSUELVE a ésta de todos los cargos formulados en su contra en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Amibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



## INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

El Tribunal Superior de Medellín, en auto que lleva fecha 11 de agosto de 1947, hubo de fallar acerca del incidente sobre regulación del monto de los perjuicios pagaderos a la parte demandante, señor José Cárdenas, y a cargo de la Nación como demandada, incidente abierto en ejecución de la sentencia proferida por esta Sala de la Corte en 27 de junio de 1946, la cual contiene una condenación *in genere*.

El mencionado incidente quedó iniciado con el escrito de liquidación de 18 de septiembre de 1946, suscrito por el apoderado del demandante. En dicha liquidación hubo de señalarse a los perjuicios, cuya cuantía debía ser objeto de la liquidación, un monto de siete mil setecientos pesos (\$ 7.700.00). El señor Fiscal Primero del Tribunal al recorrer el traslado de la liquidación en referencia, pidió que no fuera aprobada por cuanto ella no estaba ceñida a las bases establecidas en la sentencia de la Corte, bases que, por otra parte, no habían sido acreditadas en el incidente.

A su debido tiempo el apoderado del actor solicitó la práctica de dos dictámenes periciales, el uno a fin de que peritos médicos examinaran el estado de los ojos de Cárdenas; y el otro, para que expertos, basados en el anterior, conceptuaran en lo tocante a la cuantía de los perjuicios ocasionados al demandante; además, en el término de prueba del incidente se acompañaron las tablas de vida probable elaboradas por la Compañía Colombiana de Seguros y las de descuento del Ingeniero Garruffa. Los dictámenes periciales fueron puestos en conocimiento de las partes por el término legal sin que se hubiera formulado por éstas alegación alguna acerca de ellos.

Como ya hubo de anotarse, el Tribunal Superior de Medellín decidió el incidente en providencia de 11 de agosto de 1947 y en la cual se condenó a la Nación a pagar al demandante, señor José Cárdenas, la suma de cuatro mil setecientos sesen-

ta y un pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 4.761.34) por concepto de perjuicios materiales.

La memorada providencia fue objeto de apelación por parte del señor Fiscal Primero del expresado Tribunal. De manera que el negocio vino a esta superioridad a efecto de que ella decida acerca de la alzada interpuesta.

El recurso ha sido tramitado legalmente ante la Corte, habiendo tomado parte, en representación del Estado, el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien presentó alegaciones encaminadas a demostrar que el auto recurrido ha de ser revocado y en su lugar debe fijarse como indemnización a cargo de la Nación una suma menor.

Agotados los trámites del caso procede la Corte a resolver acerca del fondo del auto recurrido.

Cumple, en primer término, transcribir ahora las razones aducidas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, el cual se expresa así:

“... Es necesario hacer una observación fundamental en cuanto la providencia recurrida es adversa a la parte apelante. Está demostrado en los autos que el demandante Cárdenas ganaba \$ 1.25 diarios, como jornal a tiempo de producirse el accidente. Sobre esa base, y aceptando una incapacidad absoluta y permanente de la víctima, hicieron sus cálculos los peritos que avaluaron los perjuicios. El H. Tribunal acogió en esa parte el dictamen pericial, de modo que el auto recurrido parte de la base del jornal diario de \$ 1.25 y funda el cómputo de la indemnización en una incapacidad total y permanente del señor Cárdenas. Ahora bien: no está demostrado en el informativo que, en realidad, la incapacidad de la víctima sea absoluta o total. Sobre el particular sólo obra como prueba el dictamen pericial de los doctores Bernal Moreno y Córdoba (fl. 6, c. No. 2). Estos peritos indican la clase de lesión que afecta al demandante y observan que, en cuanto a agudeza visual, la del ojo derecho es “nula subjetivamente”. Como los peritos dicen haber hecho un detenido examen a la víctima y no indican que Cárdenas tenga lesión alguna en el ojo izquierdo, es necesario concluir que la incapacidad visual del demandante se limita a su ojo derecho. Así se entiende que la conclusión técnica de los peritos sea que

Cárdenas "ha quedado con una incapacidad parcial definitiva". Esta es la verdadera conclusión de los expertos, en cuanto se sometió a su consideración un problema técnico. Es cierto que los mismos peritos suponen —sin que haya prueba al respecto— que ninguna empresa admitirá a Cárdenas como trabajador, por lo cual, —agregan—, aquella incapacidad "puede considerarse como total y definitiva". Es claro que esta segunda conclusión de los peritos carece de fundamento y de todo valor probatorio, ya que su experticio puede tener valor en cuanto absuelve preguntas de orden técnico relacionadas con la profesión de los peritos, pero no en cuanto éstos hacen suposiciones o consideraciones de carácter social basadas en un supuesto rigorismo de nuestra legislación social y en una actitud de las empresas que nadie sabe si se va a producir o no. Es natural considerar que si el demandante sólo quedó lesionado de un ojo, su incapacidad para el trabajo no es absoluta y que, por tanto, puede obtener un determinado salario dedicándose a un trabajo que no exija empleo de los dos ojos. Aún si se aceptara que las empresas rechazaran a Cárdenas como trabajador, debido a su lesión en el ojo derecho, no hay por qué suponer que no pueda él obtener algunas entradas en otra clase de actividades. En consecuencia, lo que está demostrado en los autos es que Cárdenas quedó incapacitado en forma permanente y parcial (es decir, tiene una incapacidad relativa y definitiva), por lo cual no quedó incapacitado de manera absoluta para el trabajo sino que sufrió apenas una disminución en su capacidad productora. Por lo mismo, yerra el H. Tribunal al calcular la indemnización tomando como base del perjuicio la totalidad del salario que devengaba el demandante, lo cual solo sería aceptable en el caso de que se tratara de una incapacidad total o absoluta".

Los peritos médicos conceptuaron que la agudeza era nula en el ojo derecho; en lo relativo al ojo izquierdo no afirmaron que la visión también fuera nula; pero de ello no se sigue, como lo sostiene el señor Procurador Delegado en lo Civil en el pasaje ya reproducido de su alegato, que a Cárdenas no le hubiera quedado lesión alguna en el ojo izquierdo; por el contrario, los mismos médicos afirman que en ambos ojos hay "pequeñas incrustaciones de cuerpos extraños sub-conjuntivales", y también en ambos existe "iniciación de pterigio bilateral". Las lesiones que los médicos encontraron en el ojo izquierdo, posiblemente, no son suficientes para sostener que la agudeza visual en dicho ojo sea nula y tampoco lo son para concluir que la agudeza visual en tal ojo sea perfecta.

Es claro que si en el ojo izquierdo, a los siete años de ocurrido el accidente y después de practicados los tratamientos médicos del caso, se encuentran cuerpos extraños incrustados y existe iniciación de pterigio bilateral, la visión en tal ojo no puede ser la de una persona sana, y, tiene, por lo tanto, que haber disminuído de manera ostensible.

De otro lado es menester tener en cuenta que el género de trabajo a que se dedicaba Cárdenas y que constituía la única fuente de sus ingresos, era el de obrero, actividad que de por sí exige, para poder ser desempeñada a cabalidad, una completa visión en ambos ojos. Resulta claro el que si una persona que tiene tal oficio para ganarse la vida, pierde de manera definitiva la agudeza visual en un ojo, y en el otro quedan cuerpos extraños, o en fin, ciertas lesiones permanentes, está imposibilitada para desempeñar ese género de trabajo.

Si el demandante hubiera perdido, por ejemplo, la facultad de oír, ello quizá no hubiera sido factor suficiente para incapacitarlo definitivamente para seguir ganándose la vida en calidad de obrero; en cambio, si un pianista pierde una mano y en la otra le resulta una lesión que dificulte el movimiento de ésta, puede sostenerse sin lugar a la más leve duda que está imposibilitado absolutamente para tocar tal instrumento; de la misma suerte puede concluirse que en el caso *sub judice* al obrero Cárdenas a consecuencia del accidente, ocurrido del 18 al 19 de junio de 1940, le ha sobrevenido una incapacidad absoluta para seguir trabajando, ya que para tal empleo es necesario estar sano del sentido de la vista.

Lo expuesto es suficiente para considerar equitativo reconocer a Cárdenas una incapacidad definitiva en el resto de su vida para el aludido trabajo.

Queda por analizar ahora lo tocante a la cuantía de los perjuicios materiales reconocidos a favor del demandante y a cargo de la Nación en el auto apelado.

En la partida de nacimiento de Cárdenas, que obra al folio 20 del cuádrerno de pruebas pedidas por el demandante, consta que nació en abril de 1901; de manera que al ocurrir en junio de 1940 el accidente, contaba 39 años; sin embargo, en el escrito de liquidación, en el dictamen pericial y en el auto recurrido se partió de la base de 40 años para calcular la vida probable, base que no es susceptible de modificación ahora ya que el recurso tan solo ha sido interpuesto por la Nación y, por tanto, el auto recurrido únicamente puede

cambiarse en cuanto a ésta sea desfavorable; además, el escrito de liquidación suscrito por el apoderado del demandante es al incidente lo que la demanda al juicio, o sea que no es modificable en contra de la Nación.

También es intocable, por los motivos aducidos en el párrafo anterior, la reducción hecha también en la liquidación, en el experticio y en la providencia apelada, de la vida probable de Cárdenas a 20 años cuando las tablas de las Compañías de Seguros, aceptadas tantas veces por la Corte, arrojan para una persona de 39 años una supervivencia de 26 años.

El apoderado del demandante estimó que éste durante los primeros diez años o sea de la edad de 40 a 50 años, continuaría devengando el jornal que tenía cuando ocurrió el accidente, y que era de \$ 1.25 diarios, según consta este último en el folio 31 del cuaderno de pruebas de la Nación. El Tribunal liquidó los perjuicios en este período de diez años a razón del jornal de \$ 1.00 diario, en vez de \$ 1.25; para ello se basó en lo conceptuado por los peritos y reprodujo en su providencia el siguiente aparte relacionado con la consideración emitida por ellos a este respecto:

"Cárdenas ganaba \$ 1.25 diarios, o sea, \$ 456.25 anuales. Es muy natural y justo deducir de este jornal, aquella suma aproximada que él dedicaba para sus gastos estrictamente personales, y que se puede apreciar en la cantidad de \$ 0.25 diarios, o sea la suma de \$ 91.25 anuales. El resto de su jornal, si estaba dedicado para la atención de sus necesidades de sustento y para sus obligaciones familiares, y con base en esta última suma es como se ha de verificar la liquidación de los perjuicios recibidos por el accidente".

La Corte no ve razón para que los peritos consideraran deducible de la cantidad diaria que percibía Cárdenas por su trabajo, la suma de \$ 0.25 diarios, cifra esta última que era la que, a juicio de ellos, dedicaba para sus gastos estrictamente personales. Es claro que los \$ 0.25 diarios de que se ha hecho mención dejaron de entrarle al actor, sin que el hecho de dedicarlos a sus necesidades estrictamente personales y no ya a sus necesidades de sustento y obligaciones familiares, constituye motivo suficiente para no tenerlos en cuenta en los primeros diez años, o sea hasta que Cárdenas llegara a los 50 años, y luego en los siguientes diez años de vida en que se calcularon los perjuicios; estos \$ 0.25, pues, dejaron de entrarle a consecuencia del accidente por él padecido, y, por tanto merced a la falta de ellos es evidente que

no podía sufragar tales gastos, con lo cual se le originaron perjuicios materiales tan dignos de ser tenidos en cuenta como los que afectaban a sus necesidades de sustento y atención de sus obligaciones de familia.

Empero, la anterior consideración no incide en la decisión de este recurso por cuanto la parte demandante no objetó el dictamen pericial y se conformó con el fallo del Tribunal tan solo recurrido por la Nación.

El auto apelado, en armonía con el concepto de los peritos, consideró que de los 50 a los 60 años de edad las entradas de Cárdenas disminuirían en un 50 por ciento. La Corte se abstiene de entrar a estudiar este punto ya que, por las razones enunciadas anteriormente, no es susceptible de modificación alguna. Cabe decir lo mismo en lo atinente a la deducción de los \$ 112.50 recibidos ya por el demandante y en lo relacionado con la exclusión de los gastos de enfermedad y costas. De manera, pues, que en todos estos aspectos el auto apelado es intocable.

La Corte estima que el Tribunal en el auto recurrido incurrió en errores en cuanto a la aplicación de las tablas de descuento, errores que, como se verá luego, aumentan la cuantía de los perjuicios a cargo de la Nación. En efecto, en la referida providencia se calcularon en primer lugar los perjuicios no susceptibles de descuento, quedando luego trece (13) años, de los cuales los tres primeros, en consonancia con el dictamen pericial, eran a razón de \$ 365 anuales y los diez restantes a \$ 182.50, también anuales. El Tribunal averiguó primero los perjuicios de los tres años referidos aplicando la tabla en función a ellos y a una entrada anual de \$ 365; después entró a hacer el cálculo de los ocasionados en los diez años subsiguientes y para esto hizo uso de las tablas de descuento en función a diez años y a una entrada anual de \$ 182.50.

Esta manera de aplicar las tablas de descuento es errónea y aumenta, como ya se dijo, la cuantía de los perjuicios a cargo de la Nación. Ello es claro porque, según se vio, quedan 13 años futuros en los cuales hay que hacer el descuento en relación con las entradas anuales de Cárdenas, y sucede que al aplicar el Tribunal las tablas en los últimos diez años a que se extienden los perjuicios ocasionados al actor, lo hizo en función a la suma que es necesario depositar para obtener un peso anual durante diez años, en tal forma que ello equivale a aceptar que el anticipo de esa suma es el de diez años, cuando efectivamente tal antici-

po es de trece años. Además, la aplicación de las tablas, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, ha de hacerse partiendo del período total de los perjuicios futuros (aquí trece años) en relación con la suma anual mínima que ha de recibir el perjudicado en todo ese período (en el caso **sub judice** \$ 182.50); después se busca el perjuicio del período parcial, que en el presente negocio es de tres años, en relación con la diferencia entre la suma ya computada en el período mayor (\$ 182.50) y la del lapso menor (\$ 182.50).

El Tribunal ha debido hacer la liquidación así:

1º—Siete años que iban corridos a la fecha de la expedición de la providencia recurrida, o sea de 1940 a 1947, a razón de \$ 365 anuales .....\$ 2.555.00

2º—Trece años restantes de vida probable considerados en su integridad, en los cuales debería recibir la parte demandante una suma **mínima** de \$ 182.50 anuales, o sea el equivalente a un salario mínimo diario de \$ 0.50. En la última época de diez años como cantidad única. En los tres años anteriores a estos diez como parte integrante de una cantidad mayor a que luego se hará referencia.

Y aplicando, por tanto, las tablas de Garruffa en función a 13 años de descuento y a una cantidad mínima de \$ 182.50 anuales arroja la operación la suma de .....\$ 1.524.42

3º—Se sabe que dentro del período anterior hay tres años en que las entradas serían a razón de un peso diario, o sean \$ 365 anuales, y diez años a \$ 0.50 diarios, o \$ 182.50 anuales. De esos primeros tres años ya se computaron \$ 182.50, falta ahora en ese período tener en cuenta los \$ 182.50 restantes. Para ello se aplica la tabla de descuento en función de tres años y a razón de \$ 182.50 anuales, lo que da la cantidad de .....\$ 487.82

Sumadas las anteriores cantidades se obtiene un total de .....\$ 4.567.24  
Ahora se deduce de ésta la cantidad de \$ 112.50, que Cárdenas recibió con ocasión del accidente referido ..... 112.50

Suma que resulta a cargo de la Nación \$ 4.454.74

En la forma como el Tribunal hizo la liquidación dio la cantidad \$ 4.761.34; de manera, pues, que se llegó a reconocer \$ 306.60 de más en contra de la Nación.

Pero como ahora, en el momento de ser proferida la presente providencia, van corridos ya ocho años en vez de siete, que eran los que habían transcurrido a partir de la fecha del accidente, cuando el Tribunal tasó los perjuicios, es preciso hacer en seguida la liquidación definitiva teniendo en cuenta esta circunstancia y siguiendo las fases que se acaban de puntualizar anteriormente en la liquidación hecha para demostrar numéricamente los errores en que hubo de incurrir el Tribunal.

Se procede, para terminar, a hacer en seguida la liquidación definitiva de los perjuicios:

1º—Ocho años a razón de \$ 365 anuales y que no son susceptibles de descuento, da la cantidad de .....\$ 2.920.00

2º—Para completar los veinte (20) años en los cuales Cárdenas dejaría de percibir dinero, quedan 12 años futuros y, por tanto, es menester aplicar las tablas de descuento ya referidas teniendo en consideración en ese tiempo un jornal diario **mínimo** de \$ 0.50, o sean \$ 182.50 anuales, lo cual arroja la siguiente cantidad .....\$ 1.519.13

3º—En el lapso anterior hay dos años en que Cárdenas recibiría \$ 1.00 diario, lo que vendría a dar un monto anual de \$ 365. De esta cantidad de \$ 365 en cada uno de los dos años ya hubo de ser liquidada una mitad, o sean \$ 182.50 anuales; resta, pues, por calcular la otra mitad aplicando las tablas en función de dos años, de lo cual resulta la siguiente suma .....\$ 279.77

Total de los perjuicios en 20 años .....\$ 4.718.90

De esta cantidad hay lugar a deducir la suma de \$ 112.50, que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales pagó al demandante con ocasión del accidente .....\$ 112.50

Suma de perjuicios materiales a cargo de la Nación .....\$ 4.606.40

En definitiva, la Nación adeuda al señor José Cárdenas la cantidad de cuatro mil seiscientos seis

pesos con cuarenta centavos (\$ 4.606.40) por concepto de perjuicios materiales por él sufridos a consecuencia del accidente de que fue víctima, del 18 al 19 de junio de 1940.

En mérito de lo relacionado la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, reforma el auto apelado, dictado por el Tribunal Superior de Medellín el once de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en este juicio ordinario seguido por José Cárdenas contra la Nación,

en el sentido de reducir a cuatro mil seiscientos seis con cuarenta centavos (\$ 4.606.40) el valor de los perjuicios materiales a cargo de la Nación y a favor del demandante señor José Cárdenas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## ACCION PETTORIA DE DECLARACION DE DOMINIO PARTICULAR DE UN TERRENO PETROLIFERO

1.—En el Capítulo V de la Real Cédula de 1754 se estableció que los poseedores de tierras vendidas o compuestas entre el año de 1700 y el de la expedición de la Cédula no habrían de ser inquietados “constando tenerlas confirmadas”, y que los que las poseyeran “sin esa precisa calidad” debían acudir por la confirmación, a fin de que sus títulos fuesen refrendados y los dueños de aquellas legitimados en su posesión y dominio.

2.—La prescripción por explotación económica de las tierras no se refiere a la cabida comprendida en los linderos de una adjudicación, sino a aquellas partes que se demuestran que fueron explotadas económicamente.

3.—La carencia de acción no es propia-mente una excepción, aunque sus efectos sean similares a los de una excepción encaminada a destruirla. Si el actor carece de derecho dentro de lo alegado en la demanda, la acción no existe.

la segunda instancia, y como por otra parte no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado y que deba ser declarada de oficio, procede la Sala a proferir sentencia de segundo grado.

### La sentencia del Tribunal

En la providencia que se revisa, el Tribunal de Santa Marta, después de hacer un detenido estudio de las disposiciones vigentes en la época, llega a la conclusión de que las mercedes otorgadas por la Real Corona Española, después del año de 1700, sin la posterior confirmación del Rey, no valen, y por tanto el título respectivo no transfiere ningún derecho de nuda propiedad.

Y con base en lo anterior concluye que “la merced por compra otorgada a don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, el 17 de febrero de 1724 por el Oidor y Juez Privativo de Tierras, don José de Quintana y Acevedo, por la suma de setenta patacones, y que nunca llegó a obtener confirmación posterior del Rey de España, no dio ningún derecho de propiedad sobre las tierras de La Concepción, motivo de esta litis, a dicho señor Espinosa y Prado, y por consiguiente dicho título real no pudo producir efecto legal alguno, ya que es principio universal de derecho desde el tiempo del Derecho romano, que: “**Nemo plus juris transferre potest quem ipse habet**” (Nadie puede transferir mejor derecho del que él mismo tiene), y a **fortiori**: Nadie puede transferir un derecho que no posee. Por tanto don Manuel Salvador de Espinosa y Prado no pudo transferir por sucesión **ab intestato** el derecho de propiedad sobre las tierras de La Concepción, a sus nietos don Manuel José Espinosa Mejía y doña María Francisca Espinosa, desde luego que él mismo no la había podido obtener de acuerdo con las leyes de Indias.

Por idénticas razones tampoco dichos señores traspasaron el mencionado derecho a don Pedro del Campo. Asimismo tampoco hubo la transferencia de propiedad de este último señor a don José Antonio Pumarejo y Mújica, y por último, por idénticas razones el antedicho señor no pudo dar sucesoralmente la propiedad de las tierras litigadas

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre dos (2) de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Por medio de sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior de Santa Marta declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción por parte de la demandante señora Eglantina Manjarrés v. de Maya, y consecuentemente no accedió a hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda, con el cual se inició el juicio ordinario seguido por la dicha señora contra la Nación, la Richmond Petroleum Company, la Compañía Petrolera de Bogotá y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia.

Contra la sentencia interpuso en tiempo oportuno el recurso de apelación el apoderado de la parte demandante, y habiendo sido concedido en legal forma, llegaron los autos a la Corte, donde se surtió la tramitación previa correspondiente a

a la demandante señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya; o en términos inversos, la señora viuda de Maya no puede legalmente obtener por derecho de herencia la propiedad de las tantas veces citadas tierras, pues nunca ha existido tal derecho de propiedad privada”.

#### La demanda

A virtud de poder que le confirió la señora Eglantina Manjarrés v. de Maya, el doctor Víctor M. Royero, por medio de escrito dirigido al H. Tribunal Superior de Santa Marta, formuló demanda contra la Nación, la Richmond Petroleum Company, la Compañía Petrolera de Bogotá y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, para que en la sentencia que pusiera término a dicho juicio, se hicieran las siguientes declaraciones:

“1ª—Que pertenecen a mi poderdante Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya los terrenos denominados “Montañas de La Concepción” y “Sabanas del Algarrobo, Juan Marcós y Trébol”, situados en el Municipio de Chimichagua, Departamento del Magdalena, que se encuentran comprendidos por los siguientes linderos: ‘desde la Ciénaga del Algarrobo, donde desemboca el caño de Plato siguiendo su cauce a llegar a su nacimiento o cabecera; de este paraje en dirección al nacimiento del Arroyo de Arjona y de este punto se sigue por toda la orilla hasta donde confina la montaña, aquí pasando por la orilla de las sabanas de la Inverna a encontrar el Playón del Padre y desviando ésta a topar con el playón del Mondongo dejándolo afuera y por su ladera y la de la montaña hasta donde desemboca el caño de Plato”.

“2ª—Que la propiedad de la señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, comprende el suelo y el subsuelo así como el petróleo y demás hidrocarburos que existen en el terreno de que se trata.

“3ª—Que la Nación, y la Richmond Petroleum Company of Colombia, y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, deben restituir a la demandante los respectivos lotes de terreno alinderados en los numerales decimotercero y decimoctavo de esta demanda con los respectivos frutos naturales y civiles percibidos a partir de la notificación de esta demanda, y los que el dueño hubiese podido recibir con mediana inteligencia y actividad, o las respectivas partes de tales lotes que se encuentren comprendidas dentro del terreno perteneciente a la señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya”.

“4ª—Que en el caso de que la Compañía Petrolera de Bogotá celebrase contrato con el Gobierno Nacional para la exploración y explotación del petróleo que exista en el lote de terreno determinado en el numeral decimoquinto de esta demanda, la Nación y dicha compañía deberán restituir a la demandante el terreno de que se habla con sus frutos naturales y civiles en la parte o partes de dicho terreno que abarquen zonas comprendidas dentro del terreno de propiedad privada de Eglantina Manjarrés v. de Maya.

“5ª—Que las compañías demandadas carecen de derecho para explorar y explotar los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentran dentro de los linderos enunciados en los hechos decimotercero, decimoctavo y decimoquinto de esta demanda en la parte que comprenda zonas pertenecientes al terreno de propiedad de la demandante tantas veces citada”.

Los hechos expuestos por el actor en el libelo, son los siguientes:

“1º—El señor don Diego Leal Tirado, en representación de don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, vecino de la ciudad de Chiriguana, pidió con anterioridad a febrero de 1724, al señor Juez Privativo de Tierras, que se le ejecutasen y compusiesen, es decir, que se le adjudicaran, por la cantidad de setenta (70) patacones, unas tierras realengas sobre las cuales no había recaído merced alguna, llamadas “Montaña de La Concepción” y “Sabanas del Algarrobo, Juan Marcos y Trébol” “...que citan desde la Ciénaga del Algarrobo donde desemboca el caño de Plato siguiendo su cauce a llegar a su nacimiento o cabecera deste paraje en dirección al nacimiento del arroyo de Arjona y de este punto se sigue por toda la orilla hasta donde confina la montaña de aquí pasando por la orilla de las sabanas de la Inverna a encontrar el playón del Padre y desviando éste a topar con el playón del Mondongo dejándolo afuera y por su ladera y la de la montaña hasta donde desemboca el caño de Plato...”.

“2º—El día 16 de febrero de 1724, don José de Quintana y Acevedo, Oidor y Alcalde de Corte y Juez Privativo de Tierras, en atención a la solicitud de que trata el numeral anterior, le expidió al señor Manuel Salvador de Espinosa y Prado el correspondiente título de merced por compra sobre las tierras materia de su petición después de haber enterado éste a la Corona la cantidad de setenta (70) patacones.

“3º—Del título expedido a favor de Manuel Salvador de Espinosa y Prado se tomó razón en los

libros de la Contaduría Real, y el Cabildo ordenó que se copiase en el libro correspondiente, lo que tuvo lugar el día 20 de febrero de 1725.

"4º—En marzo de 1725, don Manuel Díaz Machuca, Regidor anual de la ciudad de Tamalameque, previa citación personal y debidamente facultado por el Cabildo por medio de diligencia en la cual fueron empleados cuatro días y que se verificó con acompañamiento de testigos, hizo entrega y puso en posesión al señor Manuel Salvador de Espinosa y Prado de las tierras denominadas "Montaña de La Concepción" y "Sabanas del Algarrobo, Juan Marcos y Trébol". En la respectiva diligencia se lee lo siguiente: "procedí en consecuencia al deslinde en compañía del dho. interesado así: Saliendo de la Ciénaga del Algarrobo en el paraxe donde desemboca el caño de Plato se siguió el curso de éste a llegar a su cabecera de cuyo punto se siguió en derechura al nacimiento del arroyo de Arjona, siguiendo por toda la orilla dra. hasta donde confina la montaña; de aquí por toda la ladera hasta pasando por la orilla de las sabanas de la Inverna a encontrar el playón del Padre y desviando éste se sigue a topar el playón de Mondongo, que se dejó fuera por ser mucha su fragosidad, se siguió por su costado y ladera de la montaña hasta volver a la Ciénaga donde cae el caño de Plato, sitio de partida.... linder. I caminadas parte a parte en presencia de los testigos, la di pzezión dellas, actual, corporal y en la conformidad.... Rxmto. de dha. ciudad determinaron mediante el título y composición de venta de dhas, tierras y savanas de las cuales usará como suias propias. I lo firmo con los testigos presentes, haciéndoles entrega deste título para en guarda de su dho. .... Manuel Díaz Machuca. Manuel Sa. Espinosa y Prado. Marzo Lino de Romero.... Trigos y Seijas. Executada la diligencia en cuatro días. Machuca".

"5º—El día 8 de abril de 1836, la Gobernación de la Provincia de Santa Marta registró oficialmente el título expedido en 1724, mencionado en los hechos anteriores, por haberlo hallado en debida forma. "

"6º—El título de que se habla fue protocolizado en Valledupar en el año de 1838 a los folios 181 a 186 del protocolo de ese año, según aparece de certificación expedida por el señor Juez Segundo de la primera instancia del Segundo Cantón de la Provincia de Santa Marta, señor José María Arzuaga.

"De ese protocolo se tomó una copia el día 9 de enero de 1891.

"7º—En el año de 1802, don Manuel José Espinosa Mejía y doña María Francisca Espinosa, quienes habían adquirido las tierras de que se habla por herencia de su abuelo don Manuel S. de Espinosa y Prado, las vendieron a don Pedro del Campo.

"8º—Don Pedro del Campo, en el año de 1810, por escritura otorgada en Valledupar, vendió las referidas tierras a don José Antonio Pumarejo y Mújica. En dicha escritura se lee: "...Yo, don Pedro del Campo, mayor y vecino del sitio de Chiriguaná, digo que en el año de 1802 compré a don Manuel José Espinosa y a doña María Francisca Espinosa, mayores y del mismo vecindario, unas tierras llamadas "Montaña de La Concepción" en la jurisdicción de la Villa de Tamalameque que hubieron por legítima herencia de su abuelo don Manuel Salvador de Espinosa y Prado quien las compró a su Majestad mediante composición que se hizo de las dichas tierras como lo reza el título que de ellas tengo entregado. Otorgo y conozco que las doy en venta real y enajenación perpetua para siempre jamás más 24 novillas que están en mi hato de Cañolargo, a don José Antonio Pumarejo y Mújica, vecino de esta ciudad para sí, sus herederos y sucesores en la cantidad de cuatrocientos ochenta y cinco pesos que importan las referidas tierras y reses, precio que me ha entregado en dinero efectivo y las dichas tierras se encuentran de la Ciénaga del Algarrobo desembocadura del Caño de Plato por su cauce hasta su cabecera y de este paraje en derechura al nacimiento del arroyo de Arjona y por su orilla hasta donde confina la Montaña; de aquí pasando las sabanas de Inverna a topar el playón del Padre, dejando éste a encontrar el playón de Mondongo que queda fuera siguiendo por su ladera fragosa y la montaña a topar con la boca del caño de Plato....".

"9º—La señora Eglantina Manjarrés Pumarejo descendiendo directamente de don José Antonio Pumarejo y Mújica, quien casó con María Antonia Armas, de la cual tuvo como único heredero a don José Antonio Pumarejo y Armas, quien casó a su turno con María Francisca Rojas, matrimonio del cual nacieron Eglantina Pumarejo Rojas y dos hijos que murieron sin sucesión. Eglantina Pumarejo Rojas contrajo matrimonio con Gregorio Manjarrés y tuvo por hija única a Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, ya citada.

10.—En la sucesión de José Antonio Pumarejo y Mújica se expidió el decreto sobre posesión efectiva de la herencia a favor de Eglantina Manja-

rrés Pumarejo v. de Maya, única heredera, la demandante.

11.—En esa misma sucesión acaba de expedirse también la sentencia aprobatoria de la hijuela de adjudicación del derecho de dominio de las susodichas tierras a favor de la citada Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, la demandante. Tal hijuela se llevará al juicio en su término probatorio.

12.—Las tierras de que se ha hablado son de propiedad particular de doña Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya. A dicha señora le pertenecen el suelo y el subsuelo de los referidos terrenos así como el petróleo y demás hidrocarburos que pueden estar contenidos en ellos.

13.—El señor René Granger celebró con el Gobierno Nacional el contrato que consta en la escritura pública No. 2038 de 1940 de la Notaría de Bogotá, para explorar y explotar petróleo en un lote de 18.514 hectáreas situado en el Departamento del Magdalena en jurisdicción de los Municipios de San Sebastián, Chiriguaná y Chimichagua, lote cuyos linderos son los siguientes: partiendo del punto en referencia A-1 cuyas coordenadas geográficas son: latitud nueve grados treinta y dos minutos y dos segundos con un décimo más o menos, cero grados con seis décimos de grado ( $9^{\circ} 32' 2.1'' 0.6^{\circ}$ ) al Norte; longitud: cuatro horas cincuenta y cinco minutos cuarenta y siete segundos con noventa y seis centésimos de segundo, más o menos cero segundos con cincuenta centésimos de segundo ( $4h 55m 47.96s 0.05s$ ) al Oeste de Greenwich, ubicado en la confluencia de la quebrada denominada "El Reloj" con la quebrada "Arjona", donde se construyó una pilastra de concreto armado en hierro, se sigue con rumbo Norte sesenta grados cero cero minutos cero cero segundos Este ( $N. 60^{\circ} 00' 00'' E.$ ) en una distancia de cuatro mil ochocientos metros (4.800 mts.) para llegar al primer vértice "A" punto de partida de la alinderación del lote; a partir de este punto "A", se sigue con rumbo Norte cuarenta y ocho grados cero cero minutos cero cero segundos Oeste ( $N. 48^{\circ} 00' 00'' W$ ) en una distancia de seis mil quinientos veinticuatro metros con veinticinco centímetros (6.524.25 mts.), para llegar al punto "B"; desde este punto "B" siguiendo con rumbo Sur cuarenta y dos grados cero cero minutos cero cero segundos Oeste ( $S. 42^{\circ} 00' 00'' W$ ) en una distancia de diez y siete mil cuatrocientos metros con catorce centímetros (17.400.14 mts.) hasta dar con el punto "C"; desde este punto "C" con un rumbo Sur de treinta grados cero cero minutos cero cero

segundos Este ( $S. 30^{\circ} 00' 00'' E.$ ) y una distancia de ochó mil setecientos metros (8.700 mts.) hasta el punto "D"; desde este punto "D" con un rumbo Norte sesenta grados cero cero minutos cero cero segundos Este ( $N. 60^{\circ} 00' 00'' E.$ ) y una distancia de doce mil cien metros (12.100 mts.) hasta el punto "E"; desde este punto "E" con rumbo Norte nueve grados veintitrés minutos treinta segundos Este ( $N. 9^{\circ} 23' 30'' E.$ ) en una distancia de diez mil ciento ochenta y seis metros con diez y seis centímetros (10.186.16 mts.) hasta volver al punto "A" primer vértice del perímetro tomado como punto de partida.

14.—El lote de terreno a que se refiere el numeral anterior no es baldío sino de propiedad particular de la señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, pues dicho lote forma parte del globo general perteneciente a dicha señora, cuyos linderos se determinaron en los numerales anteriores.

15.—El Ministerio de la Economía Nacional por medio de Resolución de fecha 7 de diciembre de 1939 aceptó una propuesta para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional presentada por la Compañía Petrolera de Bogotá y que se refiere a un lote de terreno de 47.852 hectáreas con 7.286 metros cuadrados ubicado en los Municipios de Chimichagua y San Sebastián de Buenavista en el Departamento del Magdalena y alinderado así: "Se toma como punto de referencia el señalado en el plano adjunto con la letra M-2 situado en la confluencia de las quebradas de "Miranda" y "El Ocho", cuyas coordenadas geográficas son: latitud: nueve grados veinticuatro minutos diez segundos con cincuenta y ocho centésimos Norte ( $9^{\circ} 24' 10.58'' N.$ ) y longitud: setenta y cuatro grados siete minutos cincuenta y tres segundos con cincuenta y siete centésimos Oeste de Greenwich ( $74^{\circ} 7' 53.57'' W$  de Gr.), o longitud cero grados tres minutos un segundo con ochenta y dos centésimos Oeste de Bogotá ( $0^{\circ} 3' 1.82'' W$  de Bogotá), punto que se halla relacionado a un mojón de concreto con rumbo Norte de setenta y cinco grados cuatro minutos cincuenta y cinco segundos Este ( $N. 75^{\circ} 4' 55'' E.$ ) y distancia de diez y siete metros con veintiún centímetros (17.21 mts.), mojón éste que a su vez se relaciona con el punto marcado en el mismo plano con las letras P-A que coincide con el lugar donde se tomaron las observaciones astronómicas, en los predios de La Palestina y Plan Bonito, punto que se encuentra a seis metros con cincuenta y ocho centímetros de otro mojón de concreto marcado IOP-B. La línea

recta M2-PA, que une el mojón situado cerca a la confluencia con el punto astronómico, tiene un rumbo verdadero de Norte veintitrés grados catorce minutos diez y siete segundos Oeste N. 23° 14' 17" W), y una distancia de mil ciento ochenta y nueve metros con treinta centímetros (1.189.30 ms.) Del citado punto M2 se lleva una línea recta con rumbo verdadero de Sur treinta y nueve grados longitud de tres mil ciento veinticuatro metros con dos centímetros (3.124.02 mts.), hasta llegar al perímetro del lote en punto marcado en el plano con la letra S. Este punto "S" es el de partida para recorrer el polígono que demarca el área del terreno de la propuesta. De este punto "S" y con un rumbo verdadero de Sur 50° 2' 20" Este, hasta llegar al punto N, que dista del anterior 4.290 metros en línea recta; del punto N y con un rumbo verdadero de Norte sesenta grados Este (N. 60° E.) hasta llegar al punto marcado en el plano con la letra "D" el cual dista del anterior 12.651.03 metros en línea recta; del punto marcado con la letra "D" y con rumbo verdadero de Norte treinta grados Oeste (N. 30° W), hasta llegar al punto marcado en el plano con la letra "C", el cual dista del anterior 8.700 metros en línea recta; del punto marcado con la letra "C" y con un rumbo verdadero de Norte 42° Este, hasta llegar al punto marcado con la letra "J" el cual dista del anterior 5.000 metros. Este punto "J" queda situado en la primitiva línea C-B1 de la propuesta original, a una distancia de 8.125.37 metros y en dirección de cuarenta y dos grados Norte-Este (N. 42° E.) del mencionado punto BL. Partiendo del citado punto J y con rumbo verdadero de Norte 14° W, se sigue hasta llegar al punto marcado en el mapa con la letra "K", el cual dista del anterior trece mil quinientos metros (13.500) en línea recta; luego del punto "K" y con rumbo verdadero Sur 80° W, se sigue hasta llegar al punto marcado en el mapa con la letra "L", que dista del anterior 12.500 metros en línea recta; del punto marcado con la letra "L" y con un rumbo verdadero de Sur 24° 20' W, se continúa hasta llegar al punto marcado con la letra "M" que dista del anterior 18.823.16 metros; del punto marcado con la letra "M" y con un rumbo verdadero de Sur 50° 2' 20" Este, hasta llegar al punto marcado con la letra "S", el mismo que sirvió como punto de partida y que dista del anterior 13.264.97 metros, distancia que resulta sumando las dos parciales de 12.203.41 metros y 1.061 metros marcados en el plano".

16.—El lote de terreno alinderado en el numeral anterior está comprendido total o parcialmen-

te en el globo general de propiedad particular de la señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, mi poderdante.

17.—El señor René Granger traspasó los derechos y obligaciones derivados del contrato a que se refiere el numeral decimotercero a la Richmond Petroleum Co. of Colombia, por medio de escritura pública No. 283 de 23 de noviembre de 1940 de la Notaría Segunda de Neiva y el Gobierno Nacional aceptó tal traspaso por medio de Resolución Ejecutiva de 12 de diciembre de 1940 (Diario Oficial No. 24.563 de 16 de enero de 1941).

18.—El Gobierno Nacional celebró con la Compañía Colombiana de Petróleo, sociedad anónima de nacionalidad colombiana, domiciliada en Bogotá, constituida por medio de la escritura pública número 505 de 29 de marzo de 1939, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, representada por su Gerente doctor León Cruz Santos, un contrato para exploración y explotación del petróleo de propiedad nacional, el día 28 de octubre de 1940, que se encuentra en un lote de terreno de 47.784 hectáreas de extensión, ubicado en los municipios de Chimichagua y Chiriguana, en el Departamento del Magdalena, y cuyos linderos son los siguientes: "El punto arcifinio de referencia de la alinderación del lote solicitado es el vértice de la colina más vecina y al oeste de las casas de El Brillante, en las cabeceras de la quebrada El Brillante. Un mojón de concreto marcado N.Y.X.-39 fue colocado en dicho vértice que además está referido a dos mojones de referencia también de concreto; en el plano anexo III, con curvas de nivel, figuran los mojones citados y los detalles topográficos que permiten localizar de manera inequívoca el punto arcifinio de referencia M.Y.X.-39. Las coordenadas geográficas del punto de referencia M.Y.X.-39, son las siguientes: latitud, nueve grados cuarenta y un minutos cincuenta y ocho segundos ocho décimos de segundo Norte (9° 41' 58.8" N.), y longitud cero grados cero seis minutos cuarenta y siete segundos Este (0° 06' 47" E.), de Bogotá. El punto de partida A de la alinderación del lote solicitado está situado a una distancia de tres mil cuatrocientos sesenta y tres (3.463) metros del punto de referencia M.Y.X.-39 y el azimut verdadero de la línea M.Y.X.-39-A es setenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos (76° 00' 00"). De A se sigue una recta de diez y seis mil novecientos ochenta y ocho (16.988) metros de longitud, con azimut verdadero de ciento ochenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos (186° 00' 00"), hasta llegar al punto F. De F se sigue

una recta de mil trescientos trece (1.313) metros de longitud, con un azimut verdadero de doscientos cincuenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos (256° 00' 00") hasta llegar al punto G; dicho punto C es el vértice designado por la letra A en la propuesta del señor René Granger. De G se sigue por el lindero noroeste de la propuesta del señor René Granger hasta llegar al punto H; este punto H es el vértice designado por la letra B en la propuesta del señor René Granger; la distancia de G a H es de seis mil quinientos veinticuatro metros con veinticinco centímetros (6.524.25) y el azimut verdadero de la línea es de trescientos doce grados cero cero minutos cero cero segundos (312° 00' 00"). De H. se sigue por el lindero noroeste de la propuesta del señor René Granger, y por una distancia de doce mil seiscientos sesenta y tres (12.663) metros con un azimut verdadero de doscientos veintidos grados cero cero minutos cero cero segundos (222° 00' 00") hasta llegar al punto I; de I se sigue con una recta de treinta y cuatro mil quinientos sesenta y dos (34.562) metros de longitud, con un azimut verdadero de trescientos cuarenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos (346° 00' 00") hasta llegar al punto D. De D se sigue una recta de quince mil cuatrocientos cincuenta y tres (15.453) metros de longitud, con un azimut verdadero de setenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos (76° 00' 00") hasta llegar al punto E. De E se sigue una recta de quince mil novecientos (15.900) metros de longitud, con un azimut verdadero de ciento sesenta y seis grados cero cero minutos cero cero segundos hasta llegar al punto de partida A.

19.—El lote de terreno alinderado en el numeral anterior está comprendido total o parcialmente en el globo general de propiedad particular de la señora Eglantina Manjarrés Pumarejo v. de Maya, mi poderdante.

20.—El contrato para la exploración y explotación de petróleo celebrado entre el Gobierno Nacional y el doctor León Cruz Santos en su carácter de Gerente de la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos el 28 de octubre de 1940, a que se refiere el hecho décimo octavo de esta demanda y consta en la escritura pública No. 3788 de 5 de diciembre de 1940, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá (Diario Oficial No. 24.376 de 31 de enero de 1941), fue traspasado por la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos, según consta en escritura pública No. 1255 de 22 de abril de 1941 de la misma Notaría 4ª de Bogotá (Diario Oficial No.

24.702 de 5 de julio de 1941) a la Compañía de Petróleos Shell de Colombia sociedad anónima de nacionalidad colombiana, constituida por instrumento público No. 2762 de 6 de noviembre de 1936 de la misma Notaría citada, representada por su Gerente señor Henry Stuart Mackenzie Burns, traspaso que fue aceptado por el Ministro de Minas y Petróleos por medio de Resolución protocolizada en la ya citada Notaría 4ª, bajo el No. 1913 de 16 de junio de 1941.

21.—El término hábil para formular oposiciones a las propuestas de que se ha hablado, venció el día 10 de noviembre de 1939, para la del señor René Granger; el día 4 de marzo de 1940, para la de la Compañía Petrolera de Bogotá, y el día 4 de diciembre de 1939 para la de la Compañía Anglo Colombiana de Petróleos. Está en consecuencia vigente el término hábil para instaurar la acción ordinaria de que trata el artículo 5º de la ley 160 de 1936".

Para respaldar su demanda el actor expuso los siguientes fundamentos jurídicos de la misma:

"El terreno a que se refiere la presente demanda salió del patrimonio nacional desde el año de 1724 y no ha vuelto a él.

"El dominio privado de tales terrenos se ha venido transmitiendo ininterrumpidamente desde cuando dejaron de ser realengos hasta el presente.

"El artículo 4º de la ley 37 de 1931 establece lo siguiente: "Los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución y el Estado no intervendrá con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos".

El artículo 10 de la ley 160 de 1936 prescribe: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por caducidad, nulidad, resolución, o por cualquiera otra causa legal".

"Encuentra además fundamento la presente demanda en las disposiciones de la ley de 11 de octubre de 1821 y en los artículos 26 de la ley 37 de 1931, 5º de la ley 160 de 1936, 669 y demás pertinentes del Código Civil, 74 del Decreto 1270 de 1931, reglamentario de la ley 37 del mismo año, etc."

De la demanda se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, quien la testó en representación de la Nación, y además a los apoderados de las compañías demandadas. Todos dieron contestación a la dicha deman-

da aceptando unos hechos y negando otros, lo mismo que el derecho, causa o razón de la demanda. El doctor Pedro M. Carreño representante de la Richmond Petroleum Company of Colombia propuso además la excepción perentoria consistente en que la dicha compañía no tiene obligación alguna a su cargo y a favor de la demandante, por cuanto la expresada compañía no es poseedora al tenor de lo dispuesto por el artículo 762 del C. C. ni se encuentra en el caso del artículo 752 de la misma obra.

### Pruebas

En la primera instancia se practicaron, a petición de la parte demandante, las siguientes pruebas:

Se allegaron a los autos ejemplares debidamente autenticados del Diario Oficial números 24.756 de 31 de enero de 1941 donde aparece publicada la escritura No. 3788 de 5 de diciembre de 1940 de la Notaría 4ª de Bogotá celebrada entre el Ministro de Minas y Petróleos y el doctor León Cruz Santos por medio de la cual se elevó a escritura pública el contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía Anglo Colombiana de Petróleo, sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional que se encuentre en un lote de terreno ubicado en los municipios de Chimichagua y Chiriguana en el Departamento del Magdalena, No. 24254 de 29 de diciembre de 1939 donde se halla publicado el aviso del Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Petróleos, en el cual se hace saber que ese Ministerio por resolución de fecha 7 de los mismos mes y año, aceptó la propuesta para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un lote de terreno ubicado en los Municipios de Chimichagua y San Sebastián de Buenavista del Departamento del Magdalena, propuesta presentada por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, Gerente de la Compañía Petrolera de Bogotá.

La Corte considera:

Es cierto, como lo anota el a quo, que esta Sala de Negocios Generales, en sentencia que lleva fecha cinco de agosto del año de mil novecientos cuarenta y dos, la que corre publicada en el tomo LIII, págs. 837 a 841 de la Gaceta Judicial, número 1987, dijo entre otras cosas, con base en el estudio de las disposiciones de la Corona Española sobre la materia, que: "Según lo establece la Cédula (se refiere a la Cédula-Instrucción de San Lorenzo, de 15 de octubre de 1754, citada antes)

las ventas y composiciones hechas desde 1700, valen siempre que respecto de ellas se obtenga confirmación; las anteriores a 1700, valen sin necesidad de confirmación".

Ahora bien: cómo de acuerdo con la propia demanda (hecho primero) las tierras materia del juicio salieron del patrimonio de la Corona de España, o, lo que, es igual, dejaron de ser realengas, a virtud de composición que se llevó a cabo antes del mes de febrero de 1724, si es el caso de estudiar la cuestión relativa a las composiciones hechas en esa fecha, esto es, a las formalidades que se requerían para su validez, como acertadamente lo ha hecho el Tribunal de primera instancia.

Corresponde, por tanto, ante todo a la Sala revisar cuidadosamente el estudio que de dicha cuestión hizo el a quo, pues de llegarse por tal motivo a las mismas conclusiones que aquél llegó no haría falta entrar en el estudio de otras cuestiones, y principalmente de la identidad de los terrenos.

En la sentencia antes citada, la Corte hizo un detenido estudio de la legislación sobre tierras y en el aparte titulado: "CUARTO PERIODO—LAS CEDULAS DE SAN LORENZO EN 1754 Y DE SAN ILDEFONSO EN 1780", se expresa como lo reprodujo el Tribunal, y como a continuación se transcribe nuevamente, para un mejor estudio y entendimiento de la cuestión:

"58—Dos cédulas muy interesantes, que ya es oportuno examinar, contienen modificaciones, complementos y relaciones de mucho significado, a la legislación anterior sobre tierras: las otorgadas en 1754 y 1780. Con ellas se cierra el ciclo legislativo indiano, porque fueron los últimos documentos de su clase expedidos antes de la emancipación y del comienzo de la vida republicana.

"I—La Cédula-Instrucción de San Lorenzo.

59—En San Lorenzo del Real, a quince de octubre de mil setecientos cincuenta y cuatro, el Monarca Fernando VI sanciona, su Cédula que contiene la "Instrucción sobre la forma, y términos en que se debe practicar en las Indias la venta, y composición de los Sitios, y tierras realengas, cometiendo a las Reales Audiencias, y Gobernadores las facultades de despachar las Confirmaciones, y determinar las apelaciones que ocurriessen, para el mayor beneficio, y alivio de aquellos Vassallos, y lo demás que fe expresse".

"Este ordenamiento real contiene normas de importancia sobre revisión de títulos, confirmaciones, venta y composición, y acerca de excesos de

tierras ocupadas sin título. Sobre estos puntos, que se relacionan con el estudio que aquí se adelanta, se harán algunas observaciones sin entrar en el examen de otros preceptos de la notable Instrucción por no ser ello preciso.

"60—Para hacer tal examen se toma como base el texto impreso de la Real Cédula, que con las atestaciones de rigor figura como original dado por el Rey, en el tomo correspondiente de cédulas originales que se guarda en la Corte Suprema de Justicia, con el certificado al pie de haberse recibido en la ciudad de Santa Fe y haber declarado su obediencia a ella, estando en Real Acuerdo de Justicia, el Virrey Presidente y los Oidores de la Audiencia y Cancillería del Nuevo Reino de Granada, el día veintisiete de junio de mil setecientos cincuenta y cinco.

"61—La Cédula en mención comienza por decir que modifica la que se había dado el 24 de noviembre de 1735 'sobre que los que en tráfican en los bienes Realengos de aquellos Dominios, acudieffen precifamente a mi Real Persona a impetrar su confirmación en el término que se les asignó, disponiendo que desde la fecha de esta Resolución quede privativamente al cargo de los Virreyes, y Prefidentes de mis Reales Audiencias de aquellos Reynos la facultad de nombrar los Minifros Subdelegados, que deben exercer, y practicar la venta, y composición de las tierras, y Valdíos que me pertenecen en dichos Dominios'.

"Debe observarse que desde 1680, en la Ley XVI, se había dispuesto que de las ventas había de llevarse confirmación por el Rey.

"62—También en el principio de la Cédula se nota la preocupación del Monarca por 'hallarse sin cultura muchos Sitios, y Tierras, que abaftecerían con su labor, y cria de Ganados las Provincias inmediatas', y porque 'otras personas se mantengan en terrenos usurpados por defecto de Títulos, fin de darles sobre la cultura toda la labor correspondiente, por temor de ser denunciados, y proffeados sobre ello'. Es decir, que es propósito principal de la Cédula el de que las tierras se cultiven. Para ello se toman varias disposiciones, como la que adelante se verá respecto a los usurpadores de tierras realengas, que las tienen sin justo título, y que por temor a perderlas no las aprovechan y explotan económicamente. La Cédula tiene este objetivo inicial y dominante de toda ella: el de tomar medidas adecuadas que aseguren la explotación de las tierras.

"63—Son objeto de análisis, por referirse a la finalidad de este estudio, los capítulos III, IV, V,

VI y VII de la Instrucción, que en seguida se insertan:

"III—Que recibida que fea por cada uno de los Subdelegados principales, que aora son, y en adelante se nombraren en cada Provincia, esta Instrucción, y el Nombramiento, que en la forma referida en el Capítulo primero se les ha de expedir, libren por su parte órdenes generales a las Justicias de las Cabezeras, y Lugares principales de su respectivo Distrito, mandante se publique en ellos, en la forma que se practica con otras órdenes generales, que expiden los Virreyes, Prefidentes y Audiencias en los Negocios de mi servicio, para que todas, y cualesquiera personas que poffeyeren Realengos, estando, o no poblados, cultivados, o labrados, desde el año de mil setecientos, hasta el día de la notoriedad, y publicación de dicha orden, acudan a manifestar ante el mismo Subdelegado, por sí mismo, o por medio de sus Correspondientes, o Apoderados, los Títulos, y Despachos en cuya virtud los poffen, señalando para esta exhibición el término competente, y proporcionado según las distancias; con apercibimiento de que serán despojados, y lanzados de las tales Tierras, y se hará merced de ellas a otros, si en el término que se les asignare dezaren de acudir, fin justa, y legitima causa, a la manifestación de sus Títulos.

"IV—Que confiendo por los Títulos, o Instrumentos, que afsi se presentaren, o por otro cualquier medio legal estar en poffesión de los tales Realengos, en virtud de venta, o composición, hecha por los Subdelegados que han fido de esta comisión antes del citado año de mil setecientos, aunque no estén confirmadas por mi Real Persona, ni por los Virreyes, Prefidentes, les dexen en la libre, y quieta poffesión de ellas, fin causarles la menor molestia, ni llevarles derechos algunos por estas diligencias, en conformidad de la Ley 18. tit. 4 de la Recopilación de Indias, haciendo notar en los tales Títulos que manifestaren haver cumplido con esta obligación, para que en adelante no puedan ser turbados, emplazados, ni denunciados en ellos, ni sus sucesores en los tales Realengos; y no teniendo Títulos, les deberá bastar la justificación que que (sic) hicieren de aquella antigua poffesión, como Título de justa prescripción: en inteligencia, que si no tuviere cultivados, o labrados los tales Realengos, se les deba señalar el término de tres meses, que prescribe la Ley 11 del citado tit. y lib., o el que parezca competente para que lo hagan; con apercibimiento, que de lo contrario se hará merced de ello a los que denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos.

"V—Que los poseedores de Tierras, vendidas, o compuestas por los respectivos subdelegados desde el citado año de mil setecientos hasta el presente, no puedan tampoco ser molestados, inquietados, ni denunciados ahora, ni en tiempo alguno, contando tenerlas confirmadas por mi Real Persona, o por los Virreyes, y Presidentes de las Audiencias de los respectivos Distritos, en el tiempo en que usaron de esta facultad; pero los que las poseyeren sin esta precisa calidad, deberán acudir a impetrar la confirmación de ellas ante las Audiencias de su Distrito, y demás Ministros a quienes se comete esta facultad por esta nueva instrucción, los cuales, en vista del Proceso que se hubiere formado por los Subdelegados, en orden a la medida, y avalúo de las tales Tierras, y del Título que se les hubiere despachado, examinarán si la venta, o composición está hecha sin fraude, ni colusión, y en precios proporcionados, y equitativos, con vista, y audiencia de los Fiscales, para que con atención a todo, y contando haber enterado en Casas Reales el precio de la venta, o composición, y derecho de Media-Annata respectivo, y haciendo de nuevo aquel servicio pecuniario, que parezca correspondiente, las despachen en mi Real nombre la confirmación de sus Títulos, con los cuales quedará legitimado en la posesión, y dominio de las tales Tierras, Aguas, o Valdíos, sin poder en tiempo alguno ser sobre ello inquietados los poseedores, ni sus sucesores universales, ni particulares.

"VI—Que si por los Procesos, que se deben haber formado para las ventas, y composiciones, no confirmadas desde el año de mil setecientos contare no haberse medido, ni apreciado los tales Realengos, como se tiene entendido ha sucedido en algunas Provincias, se suspenda el despachar su confirmación, hasta tanto que esto se execute; y según el más valor que resultare por las medidas y avalúos, deberá regularse el servicio pecuniario, que ha de preceder a la confirmación.

"VII—Que igualmente se ha de contener en las ordenes generales, que con vá dicho se han de librar por los Subdelegados a las Justicias de las Cabezeras, y Partidos de su Distrito, la clausula de que las personas que hubieren excedido los límites de lo comprendido, o compuesto, agregándose o introduciéndose en mas terreno del concedido, estén, o no confirmadas las posesiones principales, acudan precisamente ante ellos a su composición, para que del exceso, precediendo medida, y avalúo, se les despache Título, y Confirmación, con apercibimiento, que se adjudicarán los terrenos

así ocupados en una moderada cantidad a los que los denunciaren; y que igualmente se adjudicarán al Real Patrimonio para venderlos a otros terceros, aunque estén labrados, plantados, o con Fábricas los Realengos ocupados sin Título, si pasado el termino que se assignare no ocurdieren a manifestarlos, y tratar de su composición, y confirmación los intrusos poseedores, lo que se ha de cumplir, y executar, sin excepción de personas, ni Comunidades, de qualquier estado, y calidad que sean".

"Exhibición de Títulos.

"64—Solamente exige la Cédula la exhibición de los títulos respecto de tierras realengas poseídas—estando o no pobladas, cultivadas o labradas—desde el año de 1700; como así lo previene el Capítulo III. Los títulos anteriores a 1700 no estaban sujetos a su exhibición ni quedaron comprendidos en la sanción por no presentarlos, establecida para los otros. Sin embargo, el Capítulo IV, refiriéndose a la posesión de realengos en virtud de venta o composición hecha por los Subdelegados antes del citado año de 1700, dispone que aunque no estén confirmados los títulos, se les deje a los titulares en libre y quieta posesión. Lo que indica que aunque no se exigió la presentación de títulos anteriores a 1700, cuando ellos se presentaban y hallaban justos, los interesados no debían ser en adelante turbados, emplazados ni denunciados respecto a la posesión de dichas tierras. La exhibición de los títulos fue obligatoria respecto al período corrido entre 1700 y el otorgamiento de la Instrucción, y no respecto al tiempo anterior, pero los beneficios que la cédula reconoce a favor de quienes recibían la confirmación de sus títulos es general para todos, los anteriores y los posteriores al año 1700.

"Esta circunstancia, de referirse la Cédula de 1754 a las posesiones y títulos de un corto lapso, apenas superior a medio siglo, no carece de importancia para juzgar acerca del sentido de sus reglas, porque tal circunstancia relleva el pensamiento del legislador indiano de arreglar o componer situaciones producidas al amparo de actos de particulares y de autoridades en un período corto relativamente, y en todo caso, señalado de modo expreso en la Cédula-Instrucción. Lo que significa asimismo que las normas de la anterior legislación se respetaban en cuanto a los efectos ya causados y se mantenían en los puntos no afectados por los nuevos reglamentos.

"La Primera Cédula de El Prado había exigido la presentación de los títulos ante el Gobernador

del Nuevo Reino, o ante las personas de letras, ciencia y conciencia que él nombrara para ello; y el Código de Indias, Ley XIV, también dispuso que los poseedores exhibieran ante los Virreyes y Presidentes, y los Ministros de las Audiencias, los títulos de tierras, estancias, chacras y caballerías.

"65—Conviene recordar que la calificación de los títulos que hacían los funcionarios, según el mandato de la Cédula de 1591, era con poder de decisión autónomo, definitivo, inapelable; su fallo rescataba por sí solo para el Rey las tierras no amparadas por títulos legítimos. En 1860 (sic) se dispone que "se nos vuelvan y restituyan las demás"; sin otra indicación, lo que hace presumible que la decisión de los funcionarios, de acuerdo con esta última norma, también volvía al Soberrano automáticamente las tierras sobre las cuales no se exhibían buenos títulos. En 1754, por no existir norma distinta, los fallos se pronunciaban con idéntico alcance, y en definitiva por la Real Audiencia.

"66—Las ventas y composiciones de tierras.

"Trata la Cédula de las ventas y composiciones anteriores y posteriores a 1700. No se refiere a los repartimientos y otras adjudicaciones por despachos, títulos hechos antes del mencionado año, los cuales actos naturalmente se rigen con arreglo al Código de 1880, que les reconoció validez. Concede atención especial la Cédula a las ventas, posiblemente porque ellas y las composiciones tomaron gran desarrollo y aplicación en la primera mitad del siglo XVIII, a que la Cédula se contrae, pues ya se ha hecho notar cómo la venta de tierras vino a sistematizarse jurídicamente en virtud del Código expedido en aquel año.

"Según lo establece la Cédula, las ventas y composiciones hechas desde 1700 valen siempre que respecto de ellas se obtenga confirmación; las anteriores a 1700 valen sin necesidad de confirmación".

La Sala, hecho un nuevo estudio de la cuestión, no ha encontrado motivo alguno para cambiar esta jurisprudencia, la que por el contrario encuentra acertada y por lo mismo ha de ratificar ahora.

El caso de autos se rige especialmente por lo dispuesto en el Capítulo V de la Cédula de 1754. Allí se estableció que los poseedores de tierras vendidas o compuestas entre el año de 1700 y el de la expedición de la Cédula —la venta y composición de que ahora se trata se hicieron en ese lapso— no habrían de ser inquietados "constando tenerlas confirmadas", y que los que las poseyeran "sin esa calidad" debían acudir por la confirmación. La adjudicación hecha a Manuel Salvador de Espino-

sa y Prado en 1724 fue seguida de una diligencia de posesión, pero la Real Cédula de San Lorenzo de 1754 comprendió tal adjudicación, y los poseedores, si los había en 1754 de las tierras a que la venta y composición se refirieron, tuvieron necesidad de ir por la confirmación después de ese año, para que su título fuese refrendado y ellos legitimados en la posesión y dominio de las tierras, como en el Capítulo V de la Cédula se prevé.

No aparece en las comprobaciones allegadas a los autos que en el caso *sub judice* se hubiese satisfecho la exigencia de la legislación citada.

En el cuaderno principal a fls. 1 a 6 inclusive, aparece la primera copia de la escritura número treinta y ocho, pasada en la Notaría de Chiriguana, Departamento del Magdalena, a veinte de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, por medio de la cual Manuel Urbina Daza protocolizó un título de tierras.

En dicha escritura cuya copia fue compulsada por el Secretario de la predicha Notaría, en la fecha antes expresada, se lee entre otras cosas: "Que me presenta como en efecto me entregó para su protocolización en esta notaría, y se le expidan sendas copias, un Certificado del Juez Segundo de la primera instancia del segundo Cantón de la Provincia de Santamarta, acompañado de un título de tierras debidamente registrado en el Circuito Judicial de El Banco, con fecha doce de agosto del presente año. En tal virtud y como lo solicita el exponente coloco ahora y para siempre en el libro protocolo del presente año, el mencionado Certificado y el Título de Tierras, para que el interesado haga parte integrante de él y para que surta todos los efectos que la ley le asigne. Queda protocolizado el citado Certificado y el mencionado Título de Tierras, los cuales quedan incrustados en original al presente instrumento constante de cinco sellos de papel y que copiados textualmente son del tenor siguiente: José María Arzuaga, Juez 2º de la 10 Instancia del 2º Cantón de la Provincia de Santa Marta.—Certifico: Que en el Protocolo de instrumentos públicos del corriente año, que es a cargo de los Jueces cantonales, desde el frente de la foja ciento ochenta y uno hasta reverso de la ciento ochenta y seis, se registra un título de merced por compra, concedido por su Majestad a favor de don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, en la jurisdicción de Tamalameque, de unas tierras que nombran La Concepción y Savanas del Algarrobo San Marcos y Trébol, en cantidad desde la Ciénaga donde desemboca el caño de Plato al Arjona; de aquí al confin de la montaña

y por toda su ladera a llegar al plaion del Padre, de aquí al de Mondoñgo y por su orilla y de la montaña vuelve a la Ciénaga del Algarrobo donde desemboca el caño de Plato. Que estas tierras fueron compradas a S. Magestad por la cantidad de cetenta patacones y compuestas por el Licenciado Josef. de Quintana y Acevedo, Oydor y Juez Privativo de tierras de Reyno, quien concedió la merced de venta el dieciseis de Febrero del año de mil setecientos veinticuatro en Santa Fe. I a pedimento de parte interesada pongo de presente qe. firmo con testigos por falta de Escribano, en Valle Dupar a los treinta días del mes de . . . de mil ochocientos treinta y ocho. J. Ma. Arzuaga—rubricado. Je. Ma. Oñal—rubricado. Vicente S. Mestre—rubricado. Juan Ramón Puche—rubricado. (Aparte) Yo Michel Martínez, Notario Público de este Circuito Certifico: Que en el Libro Protocolo del año de mil ochocientos treinta y ocho de esta Notaría a mi cargo, existe protocolado un título de tierras cuyo tenor es el siguiente: "Señor Juez Privativo de Tierras Don Diego Leal Tirado, vecino de esta ciudad en nombre de Don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, vecino del sitio de Chiriguaná, en virtud de su poder que presento con el juramento y solemnidad nos (dañado) ante V. S. parezco en la mexor forma qe. haia lugar en dro y digo: Que dha, mi parte tiene en la Prova, de Santamarta, hatos de ganado bacunos y caballo en buen número y cant. . . . falto de terreno para su agrandamiento y mexor productos en el . . . a las billas de Mompoxy y Thamalameque y paraxes cercanos, cuiá falta de tierras está perjudicando los reales dros. de S. M. (que Dios guarde) por el veneficio que tiene en la venta y cría de ganados. y para alcanzar los talés deseados efectos encontrándose. . . nía de unas tierras que nombran la Concepción y de Savanas llamadas del Algarrobo, Juan Marcos y Trébol, en considerable cantidad para la cría y frutos de pan cojer qe. citan desde la Ciénaga del Algarrobo donde desemboca el caño de Plato siguiendo su cauce a llegar a su nacimiento o cabecera de este paraxe en derecha al nacimiento del Arroyo de Arjona y de este punto se sigue por toda la orilla hasta donde concluía la montaña de aquí pasando por la orilla de las Sabanas de la Inverna a encontrar el plaion del Padre y desviando este a topar con el plaion de Mondongo dejándolo afuera y por su ladera y la de la montaña hasta donde desemboca el caño de Plato, como tierras realengas y atac. . . Chimilas qe. por este medio. . . cion cristiana, y no habiendo de las dichas tierras y savanas mer-

ced alguna, suplico a V. S. se sirva de ordenar se executen y compóngan a favor de mi parte por resultar veneficio a S. M., evitando qe. las habladas tierras sigan ocupadas por los salvajes. . . la Real Hacienda a quien ofrezco la cantidad de cetenta patac. . . de, contado, siendo necesario. . . cantidad bastante para poder usarlas, por cuiá explicación y medios confío lograr de V. S. esta merced por ser de Justicia V. Diego Leal Tirado. En vista de la cual proveí el auto que es como sigue. Mediante a lo qe. esta parte representa y al veneficio qe. resulta a la Real Hacienda y al oficio cristiano se admiten los cetenta patacones qe. ofrece por las dhas. tierras y savanas, de las cuales se hace merced por venta y por la cantidad expresada y con exivición constante de certificación del prte. Secretario de Camara se le conzeda título en forma para en guarda de su derecho.—Quintana.—Certifico qe. oi día de la fha. Don Diego Leal Tirado, en nombre de D. Manuel S. de Espinosa y Prado, vezino del . . . ana enteró ante el Señor Licenciado D. José de Quintana y Acevedo, Oydor y Juez P. . . o de tierras desde Reyno, cetenta patacones por las tierras que. . . nom las cuales són el Jurisd. . . de Sta. Marta, y le hace merced de ellas dho. Señor Juez y para que conste doy la parte y firmo en Santa Fé y febrero diez y seis de mil setecientos veinticuatro años.—Don Martín Carlos Sa. . . de. . . n. Por lo qual libro el presente y por él en nombre del Rey N. Señor y en virtud de la facultad qe. suia tengo y me tiene concedida por la Real Cédula y Momización precedente, doy y hago merced de las dhas. tierras y savanas nombradas en el pedimento incluso D. Manuel de Espinosa y Prado, vezino del sitio de Chiriguaná, de seguirse útil a la Real Hacienda y al bien cristiano según se refiere; las cuales por vía de venta en atención de haber escivido Don Diego Leal Tirado, vezino de esta ciudad en nombre del sobredicho, cetenta a su mismo dho. las doy por compuestas. I ordeno y mando a todos a cualesquiera justicias y Jueces de su Magestad de la Jurisdic. . . libres, y al dho. en quieta y pasífica posesión, y lo cumplan dhas. justicias . . . entos pesos oro p. a la Camara de S. M. y esta parte ocurra a las reales caxas a pagar el real derecho de media annata y qe. se tome la razón. Que es fecho en la ciudad de Santafé a diez y siete de febrero de mil setecientos veinticuatro años. Don José de Quintana y Acevedo.—Por mandato de S. M.—Don Martín Carlos Saenz del Ponto.—Tomada la razón en los libros de esta real Contaduría a mi cargo y en . . . al Tirado pagó

un peso, ....les, y ....rtillos por djcha media annata y gastos de conduc.... composición de las tierras dhas ....brero diez y siete de mil setecientos veinticuatro ....iguez Vidal.—Obedesióce el título merced de veta prezedente en el Cavildo qe. se celebró ....ce del corriente mes por los Señores del y mandaron se copiase en el Libro Capit.... executó oi dia veinte de Febrero, de mil setecientos veinticinco.—I assi lo certificamos y rubricamos.—Agu.... Ledesma ....rcia.—Machuca—Ayala— En el sitio de Chiriguaná en veintitres de Febrero de mil ....cientos veinticinco años. Yo Dr. Manuel Diaz Machuca, Regidor anual de la ciudad de Tamalameque, en virtud de la facultad a nos concedida por el Iltre Cavildo de dha. ciudad para efecto de darle el uso y posesión a Don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, vecino de este sitio, las tierras y sabanas compuestas en este título de merced y compra, librado por el señor Licenciado Don José de Quintana y Acevedo del Concejo de S. M., su Oydor y Alcalde Corte en la ....encia de Santa Fe y Juez General de tierras de deho. Reybo y Prova.... en cuia consecuencia de.... se le notifique al dho. ....or de Espinosa y Prado, pase conmigo y los testigos con quienes ....er Escribano, mañana que será tres de marzo .... a tomar la pozezió expresada. Assi lo proveí, mandé y firme y notifiqué el auto de arriba al dho.—Espinosa y Prado.—Dón Manuel ....chuca. Manuel ....ador de Espinosa. Prado-Marco .... de Romero. Pedro de Trigos y Seijas. En el sitio llamado Montaña de la Concepción de la jurisdicción de Thamalameque, ....tres de marzo de mil setecientos veinticinco años. Yo Dn. Manuel Díaz M.... Regidor anual de dha. ciudad y Juez nombrado por el Ilte. Cavildo della para efecto de pone en pozezió de las dhas. tierras comprehendidas en este título a Don Manuel Salvador de Espinosa y Prado, procedí en cuia consecuencia al deslinde en compañía de los testigos y el dho. interesado, assi: Saliendo de la Ciénaga del Algarrobo en el paxe donde desemboca el caño de Plato se siguió el curso de este a llegar a su cabecera de cuio punto se siguió en derechura al nacimiento del arroyo de Arjona, siguiéndole por toda la ladera; desta pasando por la orilla de las Savanas de la Inverna a encontrar el plaión del Padre y desviando este se sigue a topar el plaión de Mondongo que se dejó fuera por se mucha la fragozidad, se siguió por su costado y ladera de la montaña a bolver a la Ciénaga donde cae el caño de Plato, sitio de partida.... linder. Y caminadas parte a parte en ....tigos, le dí la pozezió dellas, ac-

tual, corporal y en la conformidad— Rxmto. de dha. ciudad determinaron mediante el título y composición de venta de dhas. tierras y savanas de las quales usará como suias propias.—I lo firmó con los testigos presentes, haciéndole entrega destos títulos para en guarda de su dho.— Manuel Diaz Machuca.—Manuel S. Espinosa y Prado.—Marco Lino D. Romero.... Trigos y Seijas.—Executadas la diligencia en cuatro días.—Machuca—Gbn. de la Provincia en visita—Valledupar a 8 de abril de 1836—Registrado en la fecha hallándose bien por ser comprensivo y estar regis.... en el Anotador, con el Número ....3 fdo.—José Ant. Gómez — El Ofiçial encargado. Franco. Robles—Concuerta con su original que corre a folios ciento ochenta y uno a ciento ochenta y seis.—Vuelta del protocolo del año de mil ochocientos treinta y ocho al cual me remito y de donde lo tomé a solitud de parte interesada, en Valle Dupar, a nueve de Enero de mil ochocientos noventa y uno, cuyas márgenes rubrico.—El Notario Público.—Micael Martínez...." (Registro)—"hay un sello Agosto 12 de 1939—Registrado bajo el N. 144 folios 292 a 295' del Libro de Registro N. 1 y bajo el N. 56 folios 180 a 182 del Libro de Registro N. 2.—El Registrador, A. Cantillo A."

.....Y después de advertido de la formalidad legal del registro, firman por ante mí, el Notario Público que doy fe.—M. L. Urbina D.—Testigo: José Ant. Galindo M.—Testigo: José de la C. Bolívar.—El Notario Público, Matías Robles C."

"Es fiel y primera copia de su original, que com-pulso, autorizo y rubrico al margen seis fojas de papel sellado útiles y escritas en la fecha de su otorgamiento con destino al señor Manuel Urbina Daza. Chimichagua, Septiembre veinte de mil novecientos treinta y nueve.—El Notario Público Matías Robles C."

Es ésta la única prueba que aparece en autos de la merced que por compra se otorgó a Don Manuel Salvador de Espinosa por el Oidor y Juez Privativo de Tierras, Don José de Quintana y Acevedo en el año de mil setecientos veinticuatro. Como fá-cilmente puede verse de la transcripción que de propósito se ha hecho no aparece constancia alguna de que la dicha merced fuera confirmada posteriormente por el Rey.

Siendo esto así, es decir, que no se ha acreditado por la parte actora el que se hubiera cumplido con esta formalidad, forzoso es concluir, como concluyó el a quo, que la dicha merced no transfirió

derecho alguno al citado Don Manuel Salvador de Espinosa.

Consecuencialmente, ninguna de las transferencias posteriores, por sucesión por causa de muerte o por ventas, y de que habla la demanda, transfirió ese derecho de propiedad en el subsuelo, y por tanto la demandante señora Eglantina Manjarrés v. de Maya, como no tiene ese derecho tampoco puede ejercer la acción a título de propietaria.

Se observa que la demanda, que está basada en el artículo 5º de la ley 160 de 1936, se refiere lógicamente a la propiedad del subsuelo, siendo esto la materia de la litis.

En relación con la prescripción por explotación económica, puede afirmarse que no se planteó concretamente en la demanda, y si posteriormente se alegó, ello se hizo en forma muy vaga.

Semejante prescripción no se refiere a la cabida comprendida en los linderos de una adjudicación, sino a aquellas partes que se demuestre fueran explotadas económicamente, lo cual en este proceso no aparece comprobado.

En los fundamentos legales, se cita la ley II de octubre de 1821 que se refiere a títulos antiguos constituidos por actos y contratos entre particulares, pero no emanados del Estado antes del 2 de octubre del año mencionado.

Vistos los hechos del libelo, el derecho invocado por la demandante se basa no en una situación de hecho, sino en la adjudicación por compra a favor

del señor Manuel Salvador de Espinosa y Prado.

Tal posición de la demanda no guarda armonía con una acción basamentada en el hecho de transmisiones entre particulares.

Así las cosas, la acción que se promueve en el libelo no aparece demostrada.

La carencia de acción no es propiamente una excepción, aunque sus efectos sean similares a los de una excepción encaminada a destruirla.

Si el actor carece de derecho dentro de lo alegado en la demanda, la acción no existe.

En mérito de lo ocurrido, 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, DECIDE:

1º—Revócase el ordinal 1º del fallo de primera instancia, y en su lugar se resuelve: Declárase que no hay acción por parte de la demandante Eglantina Manjarrés, viuda de Maya, para pedir en este juicio.

2º—Confírmense los ordinales 2º y 3º de la providencia apelada.

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

**Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## ACCION POSESORIA POR OCUPACION DE UNA ZONA DE TERRENO POR LA NACION

Quando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley como una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer, sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada. Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la posesión, pues si así no fuese quedarían supeditados a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sea, los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común. Por eso se ha establecido en la ley 167 de 1941 —Capítulo XXIII— que cuando se ocupa una propiedad particular a causa de trabajos públicos o se le ocasionan daños con esos trabajos, solo se pueden reclamar indemnizaciones pecuniarias contra la respectiva entidad oficial, en juicio de que conoce la justicia contencioso-administrativa.

Y aun cuando, en el caso del proceso, invocó el actor a su favor la posesión inscrita por haber ejercido la Nación actos de verdadero señorío y posesión material, para el ejercicio de las acciones posesorias lo que debe demostrarse es la posesión material, constituida por hechos positivos propios de dueño, conforme al artículo 19 de la ley 200 de 1936.

nerales.—Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

El señor Tiberio Duque A., como apoderado de Fidel Márquez, promovió demanda ante el Tribunal Superior de Manizales para que, mediante los trámites de los juicios posesorios especiales, se obligara a la Nación a suspender un edificio o caseta que se estaba construyendo en la zona de la carretera Manizales-Río Magdalena, entre los kilómetros trece y catorce, o para que se ordenara la demolición de dicha caseta, si ya estaba terminada al finalizar el juicio.

Entre los hechos de la demanda, se expusieron los siguientes:

a) Que Fidel Márquez tenía la posesión inscrita de la finca denominada "Juanchito", ubicada en la jurisdicción del Municipio de Manizales y comprendida dentro de estos linderos: "De un encenillo que está en la quebrada de "Tesorito", siguiendo una línea recta a un mojón que está en un filo de aquí a una piedra grande que está en una barranca cerca al camino; de aquí, línea recta a la quebrada de "Santa Rita"; ésta arriba hasta ponerse al frente de un alambrado, lindero con terreno de Rosalía López; siguiendo este alambrado hasta una chamba; ésta arriba hasta donde termina; siguiendo a la derecha por el cerco del patio de la casa de Francisca Rincón viuda de López, buscando una chamba a la derecha hasta encontrar una barranca; y siguiendo ésta a la izquierda a buscar un alambrado; por ésta a la quebrada de "Tesorito"; ésta arriba hasta donde afluye una quebradita, a la izquierda; ésta arriba hasta el camino nacional que va para el Tolima por éste bajo hasta ponerse frente a una barranca junto a la quebrada de "Tesorito", y por ésta abajo al encenillo, primer lindero".

b) Que de la finca antes deslindada se ocupó de hecho por la Nación, para la construcción de la carretera Manizales-Río Magdalena, una faja de terreno de cuatrocientos sesenta y seis (466) metros de largo, la cual se halla delimitada así: "En el extremo occidental, lindero con terreno de los

rango, o herederos del doctor Alejandro Aranda; por el Sur, en toda su longitud de cuatrocientos sesenta y seis metros, con terreno de propiedad de Fidel Márquez, hasta llegar al extremo oriental, lindero con terreno de los López o de Rosalía López; por su lado norte, linda con propiedad de Fidel Márquez, hasta encontrar lindero con terreno de los Piedrahitas; lindando con éstos en una extensión de diez y seis (16) metros, hasta encontrar lindero con propiedad del mismo Fidel Márquez; lindando con ésta hasta el extremo occidental, primer lindero”.

c) Que dentro de la zona ocupada para la construcción de la carretera Manizales-Río Magdalena, se estaba levantando, entre los kilómetros trece y catorce, una caseta para el servicio de la Oficina Seccional de Transportes y Tarifas de Caldas, por autorización del Ministerio de Obras Públicas.

d) Y que la mencionada construcción o caseta quitaba el frente a la finca “Juanchito” de Fidel Márquez, en parte que lindaba con la zona ocupada por la carretera.

El demandante invocó en derecho, como fundamento de su acción, el artículo 986 del Código Civil, conforme al cual “el poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que esté en posesión”.

Tramitado debidamente el juicio ante el Tribunal, el demandante hubo de establecer, con la presentación de la escritura de propiedad y con certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Manizales, que conservaba la posesión inscrita de la finca “Juanchito”, incluyendo la zona que había sido ocupada por la Nación para la construcción de la carretera Manizales-Río Magdalena; así como también logró acreditar el actor, mediante una inspección ocular y declaraciones de testigos, que en la expresada zona de la carretera se había construido la caseta que había originado su acción posesoria, la cual estaba destinada al servicio nacional de vigilancia de los transportes.

Con todo, el Tribunal falló el negocio en sentido desfavorable a las pretensiones del actor, basándose para ello en que la posesión material de la zona ocupada por la carretera la tenía la Nación, al decir del propio libelo, y en que siendo esa zona de uso público —y por lo tanto inalienable e imprescriptible— ni siquiera era procedente la acción reivindicatoria.

Con estos antecedentes, la Corte debe decidir

ahora sobre la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia de primer grado, agotado como está el correspondiente trámite y oídas las alegaciones de las partes.

Y para ello se considera:

Cuando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley, como una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración, se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer, sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada.

Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la posesión, pues si así no fuera quedarían supeditados a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sea los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común. Por eso se ha establecido en la ley 167 de 1941 —capítulo XXII— que cuando se ocupa una propiedad particular a causa de trabajos públicos o se le ocasionan daños con esos trabajos, sólo se pueden reclamar indemnizaciones pecuniarias contra la respectiva entidad oficial, en juicio de que conoce la justicia contencioso-administrativa.

Desde luego, no es que la justicia ordinaria sea incompetente para conocer del presente negocio, ya que aquí no se reclaman indemnizaciones sino únicamente la demolición de la caseta construida en la carretera; es que en razón de las limitaciones impuestas por los servicios públicos, la acción escogida por el demandante no es la conducente.

Por lo demás, dentro del propio campo de las leyes civiles resulta sin adecuado fundamento la acción intentada por el señor Fidel Márquez, a la luz de los hechos demostrados en el proceso.

Para la Corte no hay duda, en efecto, acerca de que la posesión material de la zona ocupada la ha mantenido desde hace mucho tiempo la Nación, tanto porque así lo afirma el propio demandante

cuanto por las pruebas del negocio. La Nación no sólo construyó por ahí la carretera sino que ha estado ejerciendo otros actos de verdadero señorío, como la misma construcción de la caseta de la demanda. Por eso el actor se ha limitado a invocar en su favor la posesión inscrita.

Mas a este respecto, juzga la Corte que ya no hay dificultad en considerar que para el ejercicio de las acciones posesorias lo que debe demostrarse es la posesión material, constituida por hechos positivos propios de dueño, conforme al artículo 19 de la ley 200 de 1936, que reza:

“Artículo 19.—Las acciones posesorias que consagran las leyes vigentes, tratándose de predios rurales, sólo pueden invocarse por quien acredite una posesión material de la naturaleza especificada en los artículos 1º y 4º de esta ley.

“Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de que los dueños y tenedores de predios rurales puedan ejercitar las acciones posesorias especiales que les otorgan las leyes vigentes”.

Y para que se vea más la pertinencia del inciso 1º de la disposición transcrita, conviene advertir que si bien el inciso 1º del artículo 986 del Código Civil que ha servido de fundamento al demandante figura en el capítulo referente a las acciones posesorias especiales, la naturaleza de la acción ahí prevista es de las que tienden a conservar la posesión, como lo reconoce don Fernando Vélez en el siguiente comentario:

“La regla del inciso 1º de este artículo (el 986) es exacta, pero corresponde por su naturaleza al Título XIII, puesto que no se refiere a obras que se construyan en terreno ajeno, sino, por terceros, en aquél de que está en posesión una persona. Esas obras implican, pues, una perturbación a la posesión de un individuo, y por lo mismo, la acción que éste debe establecer es una de las que reconocen los artículos 972, 977, 982 o 984, o sea, las acciones para conservar la posesión, para recuperarla o para amparar la tenencia de la cosa...”

Por último, en cuanto a la tesis sostenida por el

apoderado del demandante en su alegato ante la Corte, en que parece invocar también en su favor la acción popular prevista en el artículo 1005 del Código Civil, esta Sala debe reproducir ahora lo que dijo en sentencia de seis de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, en un caso que guarda relación con el actual. Entonces se expresó así la Sala:

“En síntesis: la acción popular que se otorga por el artículo 1005 de nuestro Código Civil y en que se funda la 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”.

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, confirma la sentencia de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, expedida por el Tribunal Superior de Manizales.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado. — Luis Rafael Robles. — Luis A. Flórez. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION ORDINARIA SOBRE PROPIEDAD DE PETROLEO. — COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE JUICIOS

1.—De conformidad con el artículo 26 de la ley 37 de 1931, subrogado por el 5º de la ley 160 de 1936, el opositor a una propuesta sobre explotación de petróleo de propiedad nacional que haya sido vencido en el juicio breve y sumario que se adelanta ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, conforme a lo preceptuado en las mismas normas, puede intentar, lo mismo que puede hacerlo la Nación cuando la vencida fuese ésta, la acción ordinaria dentro del término de dos años contados desde la fecha del fallo proferido dentro del dicho juicio breve y sumario, acción que, a falta de norma especial, se rige por las generales sobre competencia del Código de Procedimiento Civil, es decir, se ejercerá en primera instancia ante el respectivo Tribunal Superior, que por tanto es competente para decidir en el fondo en dicho caso.

2.—Definido en forma clara el punto relativo a la competencia del Tribunal para decidir sobre aquellos extremos de la demanda, mal podría la Corte entrar a fallar acerca de ellos, como lo solicita el apoderado actor, según ha quedado visto, por la potísima razón de que no le es dable pretermitir la primera instancia, sin incurrir, desde luego, en una violación de los principios procesales y aún en usurpación de jurisdicción, al tenor de lo establecido en los artículos 198 y 148 del C. Judicial, el último de los cuales expresamente declara que “usurpan jurisdicción los superiores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores”. Además, la unidad procesal lleva también a la conclusión de que la Corte no puede entrar a conocer sólo acerca del fondo de la demanda, en cuanto recayó la decisión del Tribunal, por cuanto el fallo de éste ha debido recaer igualmente sobre lo pedido bajo los numerales 3 y 4 de la misma demanda; mas respectó a estas súplicas, como se ha venido sosteniendo, el Tribunal no dictó sentencia, en forma tal que si acerca de ellas

conociera hoy la Corte habría de pretermitir una de las instancias.

En consecuencia, el presente juicio ha de fallarse en el sentido de revocar la sentencia apelada y devolver el negocio al Tribunal de origen a fin de que dicte fallo no deficiente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diecinueve de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

El doctor Jorge López Sanín, obrando como apoderado especial del Municipio de Sonsón y de don Ernesto Medina Mallarino, presentó ante el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 29 de enero de 1942 demanda ordinaria contra la Nación, a efecto de obtener, por sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

1ª—Que pertenece a don Ernesto Medina Mallarino y al Municipio de Sonsón el globo de terreno conocido con el nombre de Río de la Miel, situado en el Municipio de Sonsón y alinderado así: “desde la desembocadura del río Claro en el río Magdalena, en la margen izquierda de este último y en el punto denominado Puerto Triunfo, río Claro arriba hasta sus cabeceras y desde ahí abajo, hasta su desembocadura en el río Sumaná; río Sumaná abajo, hasta su desembocadura en el río La Miel; éste último aguas abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena; río Magdalena abajo, hasta la desembocadura del río Claro, primer lindero o punto de partida”.

2ª—Que el globo de terreno determinado en la declaración primera salió del patrimonio del Estado desde el año de 1772 en que fue adjudicado a don Pedro Bravo y por consiguiente, el Municipio de Sonsón y don Ernesto Medina Mallarino tienen derecho al suelo y al subsuelo de dicho globo de terreno.

3ª—Que el derecho del Municipio de Sonsón y de don Ernesto Medina Mallarino sobre el inmueble determinado en el aparte que precede, comprende el suelo y el subsuelo, así como el pe-

tróleo y demás hidrocarburos que existan en el terreno de que se trata.

"4ª—Que la Nación carece de derecho para explorar y explotar por sí o por medio de concesionarios los petróleos y demás hidrocarburos que se encuentren dentro del globo de terreno alindado en la declaración primera.

"5ª—Que la Nación debe restituir al Municipio de Sonsón y a don Ernesto Medina Mallarino el mismo globo de terreno con los respectivos productos naturales y civiles".

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron los que, en forma sintética, relaciona de manera fiel y exacta el señor Procurador Delegado en lo Civil en interesante estudio sobre el asunto sometido a decisión de esta Sala de Negocios Generales de la Corte, de que adelante se hablará, a saber:

"... que el Municipio de Sonsón celebró un contrato con Ernesto Medina Mallarino, por medio del cual éste se obligó a obtener la adjudicación, a favor del Municipio, del bien vacante denominado "Río de la Miel"; que el 30% del bien vacante denunciado correspondería —de acuerdo con aquel contrato— a Medina Mallarino y el 70% restante al Municipio; que el Municipio de Cocorná pidió la declaratoria de vacancia y adjudicación del mismo inmueble; que, después de ser fallado el juicio en primera instancia, el H. Tribunal lo decidió en la segunda declarando vacante ese globo de tierra, reconociendo la propiedad de Medina Mallarino y del Municipio de Sonsón sobre el referido inmueble en la proporción ya indicada, negando la petición del municipio de Cocorná y declarando terminadas, por desistimiento, algunas oposiciones; que contra tal sentencia interpuso el Fiscal el recurso de casación, recurso no concedido aún a tiempo de promoverse la demanda; que, de otro lado, don Jaime Gutiérrez presentó una propuesta para explorar y explotar el petróleo nacional existente en un globo de tierra que abarca el que fue objeto de la declaratoria de vacancia; que, por tal motivo, el Municipio de Sonsón se opuso a aquella propuesta, pero la oposición fue declarada infundada por la H. Corte; y que, de conformidad con la ley del petróleo, el Municipio puede intentar la acción ordinaria contra la Nación para obtener las declaraciones ya indicadas".

Además se aduce el estudio que hiciera el Tribunal de Medellín en el fallo que decidió la segunda instancia sobre declaración de vacancia del aludido globo de terreno, reconociendo la propie-

dad del Municipio de Sonsón y del señor Medina Mallarino en relación con el mismo terreno, con referencia a la historia de dicho inmueble y a la manera cómo salió del patrimonio de la Nación.

Respecto de los fundamentos de derecho en que apoya la demanda, expresó el demandante lo que a continuación se transcribe:

"De conformidad con el artículo 1º de la ley 160 de 1936, es de propiedad particular el petróleo que se encuentra en los terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por caducidad, nulidad, resolución o por cualquiera otra causa legal". El terreno a que se refiere esta demanda, salió del patrimonio nacional el año de 1772 y no ha vuelto a él. En la actualidad el suelo y el subsuelo de tal terreno pertenecen al Municipio de Sonsón y a don Ernesto Medina Mallarino, en la proporción de 70% y 30%, respectivamente, por virtud de lo que disponen los arts. 766 del Código Civil y 82 de la ley 153 de 1887 y lo estipulado en el contrato que consta en la escritura pública No. 211 de 11 de julio de 1938, de la Notaría 1ª de Sonsón.

El artículo 4º de la ley 37 de 1931 manda reconocer y respetar los derechos de particulares sobre petróleo de propiedad privada y prohíbe al Estado intervenir con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos.

También sirven de fundamento a esta demanda las disposiciones del artículo 669 y demás pertinentes del Código Civil, 26 de la ley 37 de 1931, 5º de la ley 160 de 1936, etc."

Admitida la demanda por auto de tres de febrero de 1943, se dispuso correr traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público. Este, o sea en el caso actual el señor Fiscal Primero del Tribunal, propuso oportunamente las excepciones dilatorias de **ilegitimidad de la personería del demandante** y de **pleito pendiente**, excepciones que previa la sustanciación de rigor fueron falladas por auto de 25 de octubre de 1943, en el cual fueron declaradas no probadas, ordenándose en consecuencia al señor Fiscal excepcionante diera contestación a la demanda, como así lo hizo este funcionario mediante escrito presentado el 2 de diciembre siguiente, oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas y proponiendo la excepción perentoria de **petición antes de tiempo**.

Adelantado el juicio con producción de pruebas únicamente por la parte actora y presentación de alegatos de conclusión por ambas partes, finalizó la primera instancia con la sentencia de 7 de mayo

de 1947, proferida por el H. Tribunal Superior en los siguientes términos:

"1º—Se declara que pertenece al Municipio de Sonsón y a don Ernesto Medina Mallarino, en la proporción del setenta por ciento para el primero y el treinta por ciento para el segundo, el globo de terreno conocido con el nombre de "Río de la Miel", situado en el Municipio de Sonsón y alindado así: "Desde la desembocadura del río Claro en el río Magdalena, en la margen izquierda de este último y en el punto denominado Puerto Triunfo; río Claro arriba hasta las cabeceras y desde allí en línea recta en dirección Sur a encontrar el río Samaná; río Samaná abajo hasta su desembocadura en el río La Miel; éste último aguas abajo hasta su desembocadura en el río Magdalena; río Magdalena abajo hasta la desembocadura del río Claro, primer lindero punto de partida"; con exclusión de una superficie de cuatrocientas ochenta hectáreas (480) que se reconocieron al doctor Jesús María Uricoechea y Montoya, en transacción celebrada por el Municipio demandante, "formadas de tres partes demarcadas sobre el plano correspondiente así: PARTE II.—Compuesta de cuatrocientas sesenta y dos hectáreas con cinco mil metros cuadrados. Se halla localizada en el confluencia (sic) del río La Miel con el río Magdalena, sobre la margen izquierda del primero y la margen derecha del último. ISLA No. 1.—Compuesta de trece hectáreas con seis mil metros cuadrados, formada por un caño del río de La Miel. ISLA No. 2.—Compuesta de dos hectáreas con nueve mil metros cuadrados, inmediaciones del río La Miel, al oriente de la ISLA No. 1 y separada de ésta por un caño".

"2º—Se declara que el globo de terreno determinado en el numeral anterior salió del patrimonio del Estado desde el año de 1772, en que fue adjudicado a don Pedro Bravo, y por consiguiente el Municipio de Sonsón y don Ernesto Medina Mallarino tienen derecho al suelo y al subsuelo de dicho fundo, en las condiciones y dentro de las limitaciones que al efecto determinan nuestras leyes.

"3º—Se declara que el derecho del Municipio de Sonsón y de don Ernesto Medina Mallarino sobre el inmueble atrás alindado comprende el suelo y el subsuelo, en las condiciones y con limitaciones premencionadas.

"4º—Este Tribunal carece de competencia para declarar que el petróleo y demás hidrocarburos que existan en dicho terreno pertenecen a los demandantes, y que la Nación carece de derecho para

explorarlos y explotarlos por sí o por medio de concesionarios.

"5º—Se niegan las otras súplicas de la demanda.

"6º—Se declara no probada la excepción de petición antes de tiempo, propuesta por la parte demandada.

"No hay lugar a costas".

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación ambas partes litigantes, en virtud del cual ha venido el negocio a la Corte, donde se procede a decidirlo previa la tramitación correspondiente, advirtiéndose que no hubo producción de pruebas en esta instancia, limitándose las partes a presentar alegatos de conclusión.

Visto ha quedado, conforme a la transcripción de la parte resolutive de la sentencia en examen, que el Tribunal no se pronunció sobre las súplicas 3ª y 4ª de la demanda, alegando como razón, carecer "de competencia para declarar que el petróleo y demás hidrocarburos que existan en dicho terreno pertenecen a los demandantes, y que la Nación carece de derecho para explorarlos y explotarlos por sí o por medio de concesionarios", por cuanto —según lo expresado en la parte motiva— "ello está atribuido a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 37 de 1931".

En relación con este tópico, el apoderado especial designado por el aqtor en esta instancia, doctor Jesús María Arias, en el alegato de conclusión presentado en debida oportunidad, hace un juicioso estudio tendiente a demostrar que el Tribunal de Medellín sí es competente para pronunciarse sobre las mencionadas súplicas de la demanda, en primera instancia, ora por encontrarse ubicados los terrenos petrolíferos dentro de su jurisdicción, ora por tener interés en ello la Nación, como también por la naturaleza de la acción que es una consecuencia del juicio breve y sumario sobre petróleos a que dio origen la oposición formulada por el Municipio de Sonsón y el señor Medina Mallarino a la propuesta presentada por el señor Jaime Gutiérrez para la exploración y explotación de petróleos en la mencionada zona de terrenos del "Río de la Miel", en virtud de la facultad conferida por el artículo 26 de la ley 37 de 1931 al opositor vencido, para concluir pidiendo a esta Sala de la Corte, la modificación del fallo recurrido "en el sentido —dice— de hacer la declaración de propiedad privada de los petróleos y sus derivados, y su restitución a mis poderdantes,

a cargo de la Nación, y para que en lo demás sea confirmado”.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, por su parte, también impugna aquella declaración del Tribunal, de que se viene tratando, en extenso estudio que, por su importancia, no vacila la Sala en reproducirlo en su integridad, por cuanto además se conforma con la doctrina que allí se expone en relación con la competencia de la acción ordinaria sobre propiedad del petróleo, una vez fenecido el juicio breve y sumario.

Los apartes pertinentes de ese estudio son del tenor siguiente:

“La Procuraduría no está de acuerdo con esta tesis, y halla, por lo mismo, infundada la declaración de incompetencia contenida en la parte resolutive del fallo apelado. Sobre el particular, la Procuraduría está íntegramente de acuerdo con la parte demandante cuando sostiene que la competencia de este juicio corresponde, en primera instancia, al H. Tribunal Superior, y, en segunda, a esa H. Sala de la Corte Suprema de Justicia.

“En efecto: la acción ordinaria promovida por el Municipio de Sonsón y el señor Ernesto Medina Mallarino contra la Nación, ante el H. Tribunal Superior de Medellín, se funda, principalmente, en que el señor Jaime Gutiérrez formuló una propuesta de contrato, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional existente en un globo de tierra situado en los Municipios de La Dorada, Samaná y Sonsón, en los Departamentos de Caldas y Antioquia (hecho decimotercero de la demanda); que dentro de tal globo de tierra quedaba comprendido el terreno que es materia de este litigio; que, por tan motivo, el Municipio de Sonsón se opuso a la celebración del contrato propuesto por el señor Jaime Gutiérrez; que, por esa causa, el Ministerio de Minas y Petróleos remitió el asunto a la H. Corte Suprema; que la H. Corte, después de tramitar el juicio breve y sumario, y por medio de sentencia fechada el 13 de febrero de 1941, declaró infundada la oposición hecha por el Municipio de Sonsón; y que, “de conformidad con el artículo 26 de la ley 37 de 1931, el Municipio de Sonsón tiene derecho a demandar a la Nación en juicio ordinario”.

“El artículo de la ley del petróleo invocado en la demanda (artículo 26 de la ley 37 de 1931, subrogado por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936) es del tenor siguiente:

“Artículo 26.—Admitida o escogida una propuesta de conformidad con el artículo 16, se publicará

en el Diario Oficial un extracto de ella con indicación del Municipio, linderos y demás datos que el gobierno estime convenientes para que los posibles interesados puedan identificar el terreno donde hayan de hacerse la exploración y explotación. También se anunciará la propuesta en el Municipio o Municipios de la ubicación del terreno, por cartel que se fijará en la Alcaldía por el término de treinta (30) días, durante el cual se pregonará por bando en tres (3) días de concurso.

“Mientras no hayan transcurrido sesenta (60) días hábiles, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante el Ministerio respectivo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría donde esté ubicado el terreno, y acompañando las pruebas en que funde tal oposición.

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

“Si dentro del término señalado en el inciso 2º de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo) a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1203 y siguientes del Código Judicial) en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato.

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

Gobierno no podrá ejercitar las acciones que a favor de la Nación consagra el derecho común, después de dos años contados también desde la fecha del fallo de que se viene hablando”.

“La situación es, pues, perfectamente clara. La parte demandante invoca, como fundamento principal del hecho, el haberse tramitado ya, ante esa H. Corte el juicio breve y sumario originado en la oposición hecha por el Municipio demandante a la propuesta de contrato formulada por el señor Jaime Gutiérrez.

“De acuerdo con el mencionado artículo, la parte vencida en el juicio breve y sumario —Nación u opositor— puede intentar la acción ordinaria dentro del término de dos años: “Si el fallo fuere favorable al proponente —dice el artículo citado— el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación. . . .” El juicio breve y sumario —dice la demanda— fue decidido por la H. Corte a favor del proponente Jaime Gutiérrez y, por tanto, el opositor vencido puede promover la acción ordinaria para que se modifique o revise lo resuelto en aquel juicio sumario.

“¿Ante qué entidad debe promoverse el juicio ordinario? Es claro que, por aplicación de las disposiciones generales sobre procedimiento, ante el respectivo Tribunal Superior. La ley del petróleo le asigna competencia a la H. Corte para decidir, en única instancia, el juicio breve y sumario nacido de la oposición que se formula a una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional; pero en ninguna parte le da competencia a la H. Corte en única instancia para decidir el juicio ordinario revisorio del sumario. No habiendo norma especial sobre competencia en tal caso, es forzoso remitirse a las reglas generales. Y tales reglas indican que en los juicios que se promuevan contra el Estado “el Tribunal Superior competente es el del domicilio del demandante” (artículo 155 C. J.).

“No cree la Procuraduría que pueda sostenerse la tesis de que la competencia para conocer del juicio ordinario revisorio del sumario de petróleos corresponde a la H. Corte en única instancia por tratarse de un asunto vinculado a un contrato, puesto que en el juicio ordinario referido no se va a debatir nada relativo al contrato propuesto para la exploración y explotación del petróleo nacional sino que va a litigarse, únicamente, acerca de la

propiedad privada o nacional del subsuelo petrolífero.

Tampoco cree este Despacho que pueda sostenerse la tesis del H. Tribunal por aplicación de los artículos 542 a 548 del C. J., que dan competencia a la H. Corte para revisar los juicios en los casos de que trata el artículo 542, pues la ley del petróleo no ha establecido un verdadero recurso de revisión sino una manera especial de modificar, mediante un juicio ordinario sujeto a los trámites y competencias señalados en las disposiciones generales del Código Procedimental, lo ya decidido en el juicio breve y sumario”.

Expuesto lo anterior, definido en forma por demás clara, el punto relativo a la competencia del Tribunal para decidir sobre aquellos extremos de la demanda, mal podría la Corte entrar a fallar acerca de ellos, como lo solicita el apoderado del actor, según ha quedado visto, por la potísima razón de que no le es dable pretermitir la primera instancia, sin incurrir, desde luego, en una violación de los principios procesales y aun en usurpación de jurisdicción, al tenor de lo establecido en los artículos 198 y 148 del C. Judicial, el último de los cuales expresamente declara que “usurpan jurisdicción los superiores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores”. Además, la unidad procesal lleva también a la conclusión de que la Corte no puede entrar a conocer sólo acerca del fondo de la demanda, en cuanto recayó la decisión del Tribunal, por cuanto el fallo de éste ha debido recaer igualmente sobre lo pedido bajo los numerales 3º y 4º de la misma demanda; mas respecto a estas súplicas, como se ha venido sosteniendo, el Tribunal no dictó sentencia, en forma tal que si acerca de ellas conociera hoy la Corte habría de pretermitir una de las instancias.

En consecuencia, el presente juicio ha de fallarse en el sentido de revocar la sentencia apelada y devolver el negocio al Tribunal de origen a fin, de que dicte fallo no deficiente, debiendo, previamente, cerciorarse si la acción ordinaria aquí instaurada fue promovida en tiempo oportuno, de acuerdo con el artículo 26 de la ley 37 de 1931 (subrogado por el 5º de la ley 160 de 1936), ya que uno de los hechos, aducidos como fundamentales de la demanda, es el haberse surtido ante esta Sala de la Corte el juicio breve y sumario sobre petróleos.

En razón de lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

1º—Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el presente juicio con fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete;

2º—Vuelva el asunto al Tribunal de Medellín a

efecto de que dicte nueva sentencia definitiva sobre todas las súplicas de la demanda.

· Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

· Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Amibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## INFLUENCIA DE LA DEMANDA EN EL PROCESO

1.—Las providencias judiciales no deben ser objeto de interpretación por parte de quienes se hallen encargados de cumplirlas; sino preciso es que en ellas se exprese la voluntad del juzgador, y los motivos que él tuvo, para adoptar determinada decisión, esto es, por lo demás, lo que quiere significar el precepto constitucional cuando ordena que toda sentencia debe ser motivada.

2.—Si una persona contraviniendo precisas disposiciones legales reporta de su acto algún perjuicio, no sólo no puede reclamar indemnización por tal motivo, sino que se hace acreedora a las sanciones correspondientes.

3.—Como lo ha repetido la Corte, la demanda es la pauta del juicio y el juzgador no puede apartarse de ella al, proferir su sentencia. Los hechos expuestos en el libelo como fundamento de las pretensiones de la demanda forman parte integrante de la misma, a tal punto que, aunque por otros hechos fuera viable la pretensión de la demanda, si por los expuestos en el libelo la acción no puede prosperar, o si éstos no resultan probados, o si, por último, como en el caso de autos, se demuestra la falsedad de la relación hecha en la demanda, aunque los hechos que se comprueben en el proceso sí pueden servir de fundamento suficiente a las pretensiones del demandante, la acción no puede prosperar, porque lo contrario equivaldría a apartarse de la demanda misma, con grave perjuicio del demandado, quien podría resultar vencido sin haber sido oído en el juicio, ya que de nada le aprovecharía entonces para su defensa el traslado que de la demanda se le diera conforme a lo que dispone la ley procesal.

4.—Sea que el asunto se mire como culpa aquiliana o bien como contractual, la culpa comprobada de la víctima, en ambos supuestos, exonera de la responsabilidad, como se decidió en la sentencia apelada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintidós (22) de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, según constancia de autos, el doctor Ignacio Rodríguez, apoderado de Trinidad Sánchez, presentó ante el Tribunal Superior de esta ciudad, demanda ordinaria contra la Nación colombiana representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

En el libelo solicitó el actor que, previo el juicio ordinario de mayor cuantía, y por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"1ª—Que la entidad demandada es civilmente responsable del accidente ocurrido en la población de "El Ocaso" el día primero (1º) de enero de mil novecientos cuarenta y tres (1943) en el cual perdió la vida el señor Nicolás Díaz, quien fue arrollado por un tren del Ferrocarril de Girardot".

"2ª—Que, en consecuencia de la declaración anterior, la entidad demandada en el término de seis (6) días o en el que el sentenciador fije debe pagar a mi mandante, señora Trinidad Sánchez, los daños materiales y morales que se le ocasionaron con la muerte de su hijo señor Nicolás Díaz, perjuicios que ascienden a la suma de catorce mil pesos (\$ 14.000.00) colombianos o lo que sea fijado por peritos.

"En subsidio, pido se condene a la entidad demandada a pagarle a la sucesión del señor Nicolás Díaz —representada por la señora Trinidad Sánchez— los perjuicios morales y materiales que se le ocasionaron con la muerte del señor Nicolás Díaz, perjuicios que ascienden a la suma de catorce mil pesos colombianos (\$ 14.000.00) o la que sea fijada por peritos".

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

"1º—Mi mandante señora Trinidad Sánchez, es madre natural del señor Nicolás Díaz.

"2º—El Sr. Nicolás Díaz el día primero de 1943 (sic) salió de Bogotá en el tren de Girardot que parte de esta ciudad a las siete de la mañana y se

bajó en la población de Cachipay. Hecha alguna diligencia en la referida población bajó caminando hasta la estación siguiente, o sea hasta la estación de "El Ocaso", en la cual esperó la llegada del segundo tren para la vía de Girardot que pasa por "El Ocaso" a las dos de la tarde, aproximadamente, pues el señor Díaz se dirigía a la población de Apulo. Cuando el ferrocarril partió de "El Ocaso" el señor Díaz se subió en la plataforma posterior de uno de los últimos carros o coches; pero posiblemente a consecuencia de alguna frenada de la máquina en la vuelta de la vía que existe al salir de "El Ocaso", el coche que iba inmediatamente después de la plataforma en que se encontraba Díaz, lo golpeó en la espalda fuertemente, golpe que ocasionó la caída del señor Díaz en medio de los dos vagones o coches cuyas ruedas al pasarle por el estómago dejaron destrozado el cuerpo del señor Díaz en dos partes;

"3º—Entre los dos coches —el en que se encontraba Díaz y el que lo golpeó— no existían las cadenas de seguridad, pues si las hubiera llevado Díaz no habría podido caer en medio de los dos coches;

"4º—El cadáver del señor Díaz fue trasladado en los Ferrocarriles a esta ciudad de Bogotá;

"5º—El accidente se debió a descuido, negligencia, culpa de la entidad demandada y de sus agentes y dependientes;

"6º—El señor Nicolás Díaz antes y el día del accidente gozaba de perfecta salud y sólo tenía 29 años de edad;

"7º—El señor Nicolás Díaz trabajaba particularmente, principalmente con la Compañía de Cementos Samper, y sus ingresos mensuales pueden calcularse en la suma de doscientos a doscientos cincuenta pesos mensuales;

"8º—El señor Nicolás Díaz siempre fue un magnífico trabajador, de conducta irreprochable, excelente amigo e hijo;

"9º—El señor Nicolás Díaz sostenía totalmente a su madre señora Trinidad Sánchez, quien es persona pobre y se ha visto en muchas dificultades económicas para atender a sus necesidades;

"10.—Mi poderdante ha sufrido moralmente y con gran intensidad por la muerte de su hijo el señor Nicolás Díaz, sufrimiento agravado por la manera trágica como vino a morir;

"11.—Al Consejo de los Ferrocarriles Nacionales se le hizo un réclamo amigable; pero tal reclamación no tuvo ningún resultado".

En derecho se apoyó el demandante en las dis-

posiciones del Libro 4 del C. C., de los artículos 737 y siguientes del C. J. y 92 del C. P.

La parte demandada contestó negando los hechos de la demanda y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenaciones impetradas.

Trabada de este modo la litis, y surtida la tramitación correspondiente a la primera instancia del proceso, el Tribunal Superior de Bogotá pronunció sentencia con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual negó todas las súplicas de la demanda y consecuencialmente absolvió a la parte demandada de los cargos que en aquélla se le hicieron.

Contra esta providencia interpuso en tiempo oportuno recurso de apelación para ante la Corte la parte demandante, el que fue concedido en legal forma por el juzgador de primer grado, y vinieron así los autos al conocimiento de la Sala, donde se les ha dado la tramitación correspondiente a la segunda instancia, y no observándose causal alguna de nulidad que invalide la actuación y que deba declararse de oficio, se procedió a dictar fallo de segundo grado.

#### La argumentación del a quo

A continuación se transcribe la argumentación que hizo el Tribunal en la sentencia materia de revisión, para fundar su decisión:

"El Código de Comercio —dice la expresada Corporación— reglamenta el contrato de transporte de personas en muchas de sus disposiciones, entre otras en los artículos 258, 263, 295, 322, etc., y consiste por parte de la empresa en conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino y por parte de éste en pagar el precio correspondiente al acarreo.

"La responsabilidad del empresario de transportes, industria que de por sí implica riesgo, solamente se desvanece, según el artículo 306 del C. de Co. y el 2073 del C. C., probando el caso fortuito o la fuerza mayor, o sea la causa extraña.

"Dicho contrato se perfecciona por el mero consentimiento, y es susceptible de probarse con prueba testimonial. La jurisprudencia presume que quien viaja en ferrocarril ha comprado previamente su tiquete.

"En consecuencia, probado el referido contrato de adhesión, y afirmado por el acreedor el cumplimiento (afirmación sin prueba), el deudor no se exime de responsabilidad sino demostrando el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable, dentro de la cual cabe el propio hecho de la víctima.

“Aceptando que Díaz hubiera adquirido tiquete y viajara como pasajero, con los testimonios mencionados, sobre el ferrocarril pesaba una obligación de seguridad, de conducirlo sano y salvo a su destino, a virtud del mencionado contrato de transporte. Como no lo logró se presume la responsabilidad de la Empresa por el incumplimiento. Para desvirtuarla debe comprobar causa extraña.

“De los testimonios del maquinista y del fogonero se desprende indudablemente que el accidente se debió a que Díaz intentó tomar el tren cuando éste estaba en movimiento y después de haberse dado las señales reglamentarias que anuncian la partida; o sea que el accidente se produjo por la intervención de una causa extraña no imputable a la empresa, por lo cual se impone la absolución del demandado.

“El demandante dio una versión de los hechos que es distinta a la establecida con las declaraciones de los testigos aducidos por él. Según estas pruebas el conductor dio la señal de partida al maquinista. No se ha demostrado que el jefe de estación no anunciara al público la partida, anuncio que debe presumirse. Cuando el convoy estaba en movimiento, el pasajero Díaz, al tratar de subirse, fue arrollado. El accidente se produjo únicamente por tal intervención de la víctima, a la cual es completamente extraña la empresa, configurándose así uno de los factores de exoneración de la responsabilidad del cargador; según quedó expuesto”.

### Las pruebas

En ambas instancias, las dos partes de este juicio solicitaron pruebas, las que se practicaron en la debida oportunidad.

A la demanda la parte actora acompañó los siguientes documentos:

1.—Acta de defunción de Nicolás Díaz sentada en la Notaría Cuarta de esta ciudad y cuya copia fue debidamente compulsada por el correspondiente Notario.

2.—Copia auténtica del auto del Juzgado Octavo Civil Municipal de Bogotá, fechado el veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, por medio del cual se declaró abierta la sucesión del citado Nicolás Díaz y se reconoció a Trinidad Sánchez “como interesada en la sucesión, en su condición de madre natural del causante”.

3.—Copia auténtica compulsada por el señor Cura Párroco de la Parroquia de Las Cruces de Bogotá, de la partida de bautismo de Nicolás Díaz,

donde se dice que es hijo legítimo de Clemente Díaz y Trinidad Sánchez;

4.—Certificado expedido por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas sobre ejercicio del cargo de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales por parte del doctor Pablo Vanegas Ramírez, y memorial por medio del cual Trinidad Sánchez concedió poder al doctor Ignacio Rodríguez.

A petición de la misma parte se recibieron durante el término probatorio de la primera instancia, las declaraciones de Eleuterio Cuestas Pinzón, Gabriel Rubio, Humberto Gómez, Víctor R. Dueñas y Macedonio Izquierdo.

De estos testigos, el primero, Eleuterio Cuestas, expuso los hechos como sigue: “Me consta personalmente que yendo yo en el tren número tres de propiedad de la Nación, que hacía el servicio entre Facatativá y San Joaquín, en mi condición de Fogonero, el día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres, como a eso de la una de la tarde, dicho tren en momentos en que arrancaba de la estación del Ocaso, en bajada a la Esperanza, y habiendo andado ya unos veinte metros, después de dadas todas las señales reglamentarias por el conductor, arrolló y trituró a un individuo a quien no conocía yo, pero que supe se llamaba Nicolás Díaz. El hecho ocurrió así: en marcha ya el tren y llevando algún impulso llegaron corriendo tres individuos con ánimo de alcanzar el tren, y el primero que se agarró, es decir el mencionado Nicolás Díaz, apenas se cogió de la varilla el tren lo arrolló y lanzó debajo de las unidades de éste. Inmediatamente yo le avisé al Maquinista: páre que se mató un hombre. El maquinista paró inmediatamente, pero ya le había cogido a aquel una unidad y media, es decir, un coche y medio, o sean el tercero y cuarto coches. Yo no vi en qué estado quedó el cuerpo de la víctima porque me quedé cuidando la locomotora, pero el maquinista me contó que había quedado destrozado. Después con motivo de las diligencias que se practicaron en El Ocaso, supe que dicho individuo se llamaba Nicolás Díaz”.

Continúa la misma declaración: “Al punto b) contestó: “Me consta que inmediatamente que el tren arrolló a Díaz, cundió la alarma en el tren y todo mundo gritaba que pararan, pero yo ya le había avisado al maquinista, porque vi en el momento en que fue arrollado aquel individuo y el maquinista maniobró inmediatamente para frenar el tren, alcanzando a detenerlo casi inmediatamente, porque como dije solamente alcanzó a pasarle por

encima a Díaz un coche y medio". Al punto c) contestó: "Es verdad que ese día iba mucha gente en las plataformas, porque como era día de fiesta iba mucha gente y la que no cupo en los coches ocupó las plataformas". Al punto d) contestó: "Como ya lo he explicado, el tren arrancó de la estación por orden del conductor del ferrocarril, pero en cuanto a la señal que es de rigor dar por parte del jefe de estación, consistente en dos campanadas, no fue posible oirla porque el ruido de la locomotora no es posible a quien va en la casillá alcanzar a oirla y por éso el maquinista se atiende únicamente a la señal que da el conductor con una bandera verde. En el momento de dar la señal el conductor, la locomotora en que yo iba estaba a una distancia de la estación igual a las seis unidades o coches que se interponían".

La declaración de Gabriel Rubio es la siguiente: "Al punto a) contestó: "Me consta personalmente lo siguiente: en la fecha referida, como a eso de la una de la tarde, iba yo conduciendo el tren número tres a que se refiere la pregunta, tren de pasajeros, en mi calidad de maquinista del mismo; arrancaba de la estación de El Ocaso, después de dada la señal por el conductor, y comenzaba a coger el impulso, pues iba en bajada hacia La Esperanza, y había andado cerca de una cuadra de la estación, cuando el fogonero Eleuterio Cuestas que iba en la misma casilla que yo, me gritó que parara; apliqué inmediatamente los frenos, no obstante lo cual alcanzó a resbalar como unos quince metros el tren; el fogonero me dijo entonces que el tren había cogido a un señor que iba a prenderse. Yo me acerqué y vi que efectivamente había quedado completamente despedazado sobre la carrilera un hombre de apellido Díaz, según las referencias que daban las personas que habían estado acompañándolo".

El mismo declarante afirmó que él solamente oyó los gritos del fogonero y que el maquinista de un tren no tiene que atender sino a la señal que da el conductor, por cuanto, a causa de la distancia y del ruido de la locomotora, no es posible oír el toque de la campana que da el jefe de estación, motivo éste por el cual él no puede asegurar que no se hubiera dado este toque.

Por su parte, Macedonio Izquierdo, depuso en su declaración: "Me consta directa y personalmente, que el día primero de enero del año de mil novecientos cuarenta y tres, como a la hora de la una de la tarde en la estación de "El Ocaso" el tren de la vía de Girardot que pasa a dicha hora

por la referida estación, trituró al señor Nicolás Díaz en el momento que dicho señor se disponía a tomar el tren". El mismo declarante afirma que ese tren no llevaba mucha gente y que el día del accidente Díaz gozaba de perfecta salud.

Las declaraciones de los otros dos testigos de que se ha hecho mención, Humberto Gómez y Víctor R. Dueñas, nada agregan acerca de la manera cómo ocurrieron los hechos, por cuanto estos testigos, según propia afirmación, no se hallaban en el lugar, y tan solo tuvieron conocimiento del accidente después de que había ocurrido.

A petición de la misma parte actora, en esta segunda instancia, se allegó a los autos, dentro del correspondiente término probatorio, copia auténtica del acta de diligencia de autopsia practicada en el cadáver de Nicolás Díaz, por el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, el día cuatro de enero de mil novecientos cuarenta y tres, y en la cual aparece que la causa de la muerte de Díaz fue la trituración completa por el tren. Se ordenó, además, tener como prueba, para ser estimada en su oportunidad, una carta acompañada al memorial de pruebas del actor, y dirigida por el Subsecretario del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales al apoderado de la demandante, doctor Ignacio Rodríguez, el tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se dice que en relación con el reclamo formulado a ese Consejo por Trinidad Sánchez por la muerte de Nicolás Díaz, dicho Consejo "después de estudiar detenidamente la expresada reclamación, llegó a la conclusión de que no es el caso de entrar a reconocer perjuicios como se solicita, pues el ferrocarril no tuvo culpabilidad alguna en la ocurrencia del lamentado accidente".

Igualmente, a solicitud del apoderado de la parte demandada, durante el término probatorio de la segunda instancia, se ordenaron y practicaron varias pruebas, las que se van a enumerar:

a) Se trajo a los autos copia auténtica del informe número 2 de ocho de enero de mil novecientos cuarenta y tres, dirigido al Jefe de Transportes del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila por el Comandante de la Segunda Sección de la División FF. CC. Nales. de la Policía Nacional, y en el cual se transcribió el informe rendido al dicho comando por el Agente Honorio E. Vargas acerca del accidente en que perdió la vida el señor Díaz. Por ser de gran interés para el fallo, se transcribe a continuación el citado informe rendido por un miembro de la Policía Nacional: "Bogotá, enero 19 de 1943. Para informar con el debido respeto

esa Superioridad que yendo de servicio en el tren número 3 de Bogotá-Ibagué, conductor señor Enrique Rodríguez, Maquinista Gabriel Rubio, locomotora No. 32; siendo la 1 p.m., al salir de la estación de El Ocaso y cuando el tren había cogido velocidad, se prendió entre el segundo y el tercer coche de 3ª clase un individuo quien no le fue posible subirse debidamente, yendo a caer debajo del tren y fue destrozado por el coche de 3ª No. 306. El tren paró después de un recorrido de 20 metros y allí se presentaron dos individuos que responden por los nombres de Macedonio Izquierdo y Alfredo Izquierdo, domiciliados en La Esperanza y uno de ellos llevaba en el brazo un saco de paño carmelita a rayas y manifestaron que era el del muerto; se requirió el saco y en la papelería se encontró el pase de chofer mecánico No. 8.816 de Bogotá, perteneciendo a Nicolás Díaz Sánchez, domiciliado en Bogotá, carrera 3ª No. 22-62, casado y de 32 años de edad. Se llamó al Inspector de Policía de El Ocaso, señor Jorge A. Borda quien en compañía de su Secretario señor Pedro Espinosa, practicó el levantamiento del cadáver. Según informes de los Izquierdos el occiso Díaz viajaba en el tren número 1 con destino a Apulo, en compañía de una señora; en la estación de Cachipay se bajó del tren a tomar licor y allí lo dejó el convoy, luego se encontró con los dichos Izquierdo y se fueron a pie hasta El Ocaso donde estuvieron tomando trago en una tienda y según informes del mismo Inspector de Policía, todos se encontraban embriagados. En la requisita se le encontraron tres (3) tiquetes de Bogotá a Apulo, un peso con sesenta y cinco céntimos (\$ 1.65), una carta para una señora de Apulo y tres ambulancias de Facatativá a Apulo; todos estos elementos quedaron en poder del Inspector. A la 1.20 p.m., se restableció la marcha del tren. El cadáver fue traído el día 2 en el tren número 6 y luego llevado al anfiteatro de San Diego en la nota del Inspector. Atte. (fdo.) Honorio E. Vargas, Agte. placa No. 128. Del señor Jefe de Transportes. Soy de Ud. atto. S.S. (fdo.) José Gómez R.—Sub-TTe. Cdate. Sección.—Es fiel copia de su original. El Secretario, Victorino Roa Ulla, Alférez”

b) Se libró despacho al señor Inspector de Policía de El Ocaso para que enviara copia de las diligencias que en esa oficina se encontraran relacionadas con la muerte de Nicolás Díaz Sánchez, el levantamiento del cadáver y la prueba testimonial practicada durante la instrucción del sumario. En cumplimiento de la dicha comisión, la mencionada oficina remitió la siguiente constancia secretarial:

“Para dar cumplimiento a lo ordenado en el auto que precede, el suscrito secretario una vez revisados los archivos, en el libro radicador halló las siguientes constancias que a la letra dicen, Al folio 47: “1943. Enero 1. En esta fecha se inició el sumario por la muerte trágica de Nicolás Díaz en accidente ferroviario. Enero 20. En esta fecha se remitió el sumario diligenciado por la muerte de Nicolás Díaz al señor Juez Penal de Facatativá (Réparto). Marzo 5/43. En esta fecha se anotó el sumario en averiguación por la muerte trágica de Nicolás Díaz, venido en comisión del 4º Superior Penal de Bogotá con el término de veinte días y en 8 fojas. DESANOTADO. Marzo 29/43. En esta fecha se remitió al señor Juez Cuarto Superior de Bogotá el sumario en averiguación por la muerte de Nicolás Díaz en nueve fojas útiles. Al folio 48 vuelto se encuentra otra constancia que dice: “Abril 22/43. En esta fecha se anotó el sumario en averiguación muerte de Nicolás Díaz, venido del Juzgado Cuarto Superior Penal de Bogotá en comisión con veinte días de término y en once fojas útiles. DESANOTADO. Mayo 13. En esta fecha se remitió el sumario en averiguación de la muerte de Nicolás Díaz al señor Juez Cuarto Superior Penal de Bogotá”.

“Estas son las constancias que se hallan en esta oficina y las expido hoy catorce de julio de mil novecientos cuarenta y siete y a que me remito en caso necesario. El Secretario, (fdo.) Pedro M. Espinosa”.

c) Se solicitó por medio de despacho dirigido al señor Jefe de Personal de la Policía Nacional la comparencia de los miembros de la misma Institución, Teniente Jesús C. Gómez R. y Honorio E. Vargas, placa No. 128, para que previa exhibición del documento a que se ha hecho ya referencia, reconocieran el primero su firma como autógrafa y el segundo ratificara también bajo la gravedad del juramento el contenido del informe por él rendido al Comando antes mencionado, informe relacionado con la muerte del señor Nicolás Díaz Sánchez”.

En el fl. 17 del cuaderno de pruebas de la parte demandada (en segunda instancia) se encuentra a este respecto la siguiente acta: “En la ciudad de Bogotá, a los veintiseis días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, compareció al Despacho del suscrito Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Teniente Josué C. Gómez Rojas con el fin de atender lo ordenado por auto de seis de mayo último, en armonía con lo solicitado en el capítulo V del Memorial de pruebas del señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales.

Recibido el juramento por ante el suscrito Secretario de la Sala de Negocios Generales de la Corte, prometió decir verdad en todo lo que fuere preguntado. Respondió así: Como no existe original el documento a que se contrae el capítulo V del memorial probatorio, no puedo asegurar formalmente si ese informe fue transcrito con mi firma autógrafa. Me supongo que sí, pues el transcribir los informes que los agentes de servicio de la Sección Segunda de los Ferrocarriles rinden al Comando, es una de las obligaciones del Comandante de la Sección, puesto que yo desempeñaba en ese entonces. No siendo más el objeto de la presente diligencia, se dio por terminada, previa lectura de su contenido al declarante, quien la encontró corriente. El Magistrado (fdo.) Eleuterio Serna R.—El declarante (fdo.) J. C. Gómez R.—El Secretario (fdo.) Nicolás Llinás Pimienta”.

d) Por medio de comisionados se recibieron las declaraciones de los testigos Macedonio y Alfredo Izquierdo.

La primera de estas declaraciones fue recibida el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y siete por el señor Inspector Departamental de Policía de Cachipay. Este testigo dijo haber presenciado cuando Nicolás Díaz fue arrollado por el tren el día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres en la estación de El Ocaso, agregando que él gritó entonces en voz alta que para el tren, pero seguramente no fue oído, “pues si lo hubiera hecho seguramente se hubiera salvado”.

Agregó el declarante: “Es cierto que él (se refiere a Díaz por el cual se le preguntó) se desmontó en este lugar (Cachipay, donde se recibía la declaración) a comprar unas cervezas y por entregar el envase lo dejó el tren”. Exponiendo además que él se encontró con Díaz precisamente cuando éste perdió el tren en Cachipay y afirmó textualmente: “y cuando lo dejó el tren nos contó y nos fuimos a tomar unas cervezas que él nos ofreció”.

Asimismo declaró que después de que bajaron juntos a pie hasta el Ocaso, “ese día estuvimos en una tienda de El Ocaso tomando licor y que el señor Nicolás Díaz Sánchez se embriagó, pero yo no”, y a la pregunta: “Diga Ud. si es cierto, si o no, que su compañero Nicolás Díaz Sánchez aquel día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres, no subió al tren No. 3 durante el tiempo que el convoy estuvo estacionado en la estación de El Ocaso, sino que por el contrario Díaz Sánchez fue a tomar el tren cuando éste estaba en movi-

miento, contestó el testigo de la referencia: “S señor eso es cierto. Las cosas así pasaron”.

Por último en la respuesta inmediatamente siguiente insiste Macedonio Izquierdo en que Díaz “pereció triturado por el tren, encontrándose en estado de embriaguez”.

Por su parte, Alfredo Izquierdo Chaparro, en declaración rendida el veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, ante el señor Jefe Civil del Circuito de Girardot, expuso los hechos de la siguiente manera: “El día primero de enero del año de 1943, no estoy seguro, estando yo con mi padre en la tienda de don Manuel Rodríguez en Cachipay, bajó el primer tren y de él se bajó un señor quien entró a la tienda donde nosotros estábamos y pidió una cerveza y se dirigió con ella a coger nuevamente el tren, éste ya había partido. Mi padre y yo teníamos un viaje a la Esperanza a hacer una diligencia en la Federación Nacional de Cafeteros y por esta razón salimos de la dicha tienda, en donde también se encontraba el señor ese que había bajado del tren y a que me he referido y entonces el citado señor nos manifestó a mi padre y a mí que él nos acompañaba y por esta circunstancia nos vinimos hacia la Esperanza. Llegamos al Ocaso y ahí en una tienda nos tomamos una cerveza los tres, es decir, el señor que me he referido, mi padre y el suscrito. La tienda en referencia estaba mucho más abajo de la estación del ferrocarril, es decir al otro lado de un puente. Estado allí, nos dimos cuenta que el segundo tren ya se encontraba en la estación de Ocaso y el precitado señor nos dijo “que nos fuéramos en ese tren que lo podíamos coger” por lo cual corrimos, pero sucedió que ese señor se adelantó y como iba un poco embriagado, cogió el tren cuando ya estaba andando y seguramente no se cogió bien, y por eso cuando nos dimos cuenta fue que el tren lo había cogido y se encontraba debajo. En vista de lo anterior pararon el tren y nos dimos perfecta cuenta que el mismo señor que venía con nosotros era el que había cogido el tren. Ahí nos pidieron el número de la cédula y no nos dijeron nada más. Creo dejar contestado en esta forma el punto cuarto porque se me pregunta. No puedo afirmar si ese señor se llamaba Nicolás Díaz”.

En las respuestas octava, novena, décima, once y doce, agregó el declarante lo que sigue: “Al punto octavo dijo: Es cierto, que mi padre y el suscrito acompañamos al individuo a que me he referido desde la estación de Cachipay a la estación del Ocaso, viaje que hicimos a pie y en las condi-

ciones que ya expuse. Al punto noveno, dijo: Es cierto y me consta que de la estación ferroviaria del Ocaso hasta donde acompañamos al individuo tantas veces citado, estuvimos tomando licor en una tienda vecina a la estación y a que me referí en la respuesta cuarta, y es cierto que tanto ese individuo como mi padre Macedonio Izquierdo y el suscrito nos embriagamos ese día. Al punto décimo, dijo: Es cierto, que al pasar por la estación de "El Ocaso", el tren No. 3, que sale de Bogotá y va a Ibagué, en aquel día primero de enero de 1943, mi padre y yo tomamos dicho tren no en la propia estación de "El Ocaso", sino más abajo, es decir en donde sucedió el accidente a que me he referido. Al punto once, dijo: Es cierto, y me consta por haberlo presenciado que el citado individuo que se encontraba con nosotros y a que me he referido, aquel día, primero de enero de 1943, no subió al tren No. 3 durante el tiempo que el convoy estuvo estacionado en la estación de "El Ocaso", pues el citado individuo fue a tomar dicho tren cuando éste se hallaba en movimiento. Al punto doce, dijo: Es cierto y me consta por haberlo presenciado que tanto mi padre como yo fuimos testigos presenciales del accidente a que me he referido en esta declaración y que ocasionó la muerte al individuo citado, al ser triturado por el tren ya citado, cuando trató de tomarlo hallándose dicho individuo en estado de embriaguez y cuando el tren ya estaba en movimiento".

e) Se allegaron, por último a los autos dos piezas que se hallaban en el expediente informativo levantado por la Empresa con ocasión del accidente en que perdió la vida Nicolás Díaz, a saber: El "Informe sobre accidente personal" rendido por el maquinista de la Empresa del Ferrocarril de Girardot-Folima-Huila señor Gabriel Rubio, y el "Informe sobre accidente personal", rendido por el señor Luis Enrique Rodríguez.

El primero de dichos informes dice textualmente en la parte "Descripción y responsabilidad": Una vez que el conductor hizo la señal de salida inmediatamente principié la marcha; había alcanzado a recorrer unos setenta (70) metros y ya iba a una velocidad aproximada de 18 a 20 kilómetros por hora, cuando el fogonero Eleuterio Cuestas me dijo que parara: inmediatamente haciendo una aplicación de emergencia paré, y al preguntarle al fogonero lo que pasaba, me dijo que un señor había ido a coger el tren con tan mala suerte que erró la pisada y se fue debajo de los coches, resultando muerto inmediatamente. También me di-

ieron que el señor estaba embriagado. Por el lado del maquinista no hicieron ninguna señal".

El informe rendido por el señor Rodríguez es del tenor siguiente: "El pasajero viajó hasta la Esperanza en tren No. 1 donde parece que fue dejado por el tren, por haberse bajado allí. El pasajero viajó a pie hasta El Ocaso con el fin de esperar el tren siguiente, (No. 3). Cuando este tren hubo salido de El Ocaso, el occiso quiso subir a él intentando hacerlo por el segundo coche de tercera, pero no logró subir y cayó debajo de los coches. Inmediatamente se aplicó la llave de emergencia y el tren paró cuando habían pasado dos coches sobre la víctima".

### Los alegatos de las partes

Durante el término para alegar de conclusión en esta segunda instancia, cada una de las partes presentó su alegato.

El doctor Ignacio Rodríguez apoderado de la actora, afirma entre otras cosas en el suyo: "Para la prosperidad de una acción de responsabilidad, como la que dan cuenta los autos, son elementos esenciales, aceptados jurisprudencialmente los siguientes: a) Culpa comprobada o presumida de la parte demandada; b) Perjuicio sufrido por el demandante; c) Vínculo de causalidad entre el daño y la culpa.

En el presente caso y por tratarse de una actividad peligrosa, la culpa de la parte demandada se presume al tenor de lo dispuesto en el artículo 2356 del C. C.; el daño material se halla suficientemente comprobado con declaraciones de testigos como puede verse en el cuaderno No. 2, y el perjuicio moral subjetivo, se presume por hallarse debidamente demostrado el nexo de parentesco que une a la demandante con el de **cujus**; el vínculo de causalidad también aparece evidenciado, ya que si el tren no hubiera matado al señor Díaz, la señora demandante no habría sufrido los perjuicios de que se queja.

"El juez a quo no niega la existencia de los elementos anteriores, pero en cambio absuelve a la entidad demandada porque, en su sentir, se halla demostrada la culpa de la víctima, descuido que hace consistir en que el señor Díaz tomó el tren cuando se hallaba en movimiento. En relación de la anterior consideración del juzgador de primera instancia y en la cual apoya su sentencia absoluta, me permito observar:

"La culpa es un error de conducta en que no incurre una persona de mediana diligencia, según

pensamiento de afortunados doctrinantes en la materia. Ahora bien, está comprobado en el plenario que el Ferrocarril no iba a gran velocidad, sino muy despacio, pues acababa de salir de la estación ferroviaria, hecho demostrado con el documento operante a folio 29 del cuaderno No. 6 y que, por otra parte, se deduce también la circunstancia de que el Ferrocarril hubiera podido frenar en un espacio tan corto de quince a veinte metros, circunstancia en la cual están acordes todos los testimonios traídos al proceso, porque es claro que si el tren hubiera llevado velocidad no habría podido detener la marcha en tan corto recorrido. Por otro aspecto, aparece evidenciado que el señor Díaz a su muerte, solo tenía treinta años de edad. Ahora bien: ¿podía decirse en verdad como lo sostiene el sentenciador, que es una gran imprudencia o culpa en que no incurre una persona de mediana diligencia, el hecho de que un hombre joven y fuerte, pretenda tomar un tren cuando acaba de salir de la estación y ya a una velocidad tan mínima como la de diez y ocho o veinte kilómetros por hora, según la propia afirmación del maquinista? Por mi parte, señores Magistrados, no lo creo porque ello es de continua ocurrencia, sin que ello entrañe imprudencia, negligencia o descuido”.

Afirma en seguida que, aun aceptando en gracia de discusión o hipótesis, que tal hecho constituya culpa por parte de la víctima, no es ésta de tal gravedad que dé lugar a una exoneración completa de responsabilidad por parte de la entidad demandada, sino que a lo más serviría para fundar una reducción en la indemnización debida.

Y después continúa: “La parte demandada, en la segunda instancia, trae al proceso dos declaraciones con las cuales pretende acreditar que el señor Díaz estaba embriagado, circunstancia que de ser exacta, lejos de aparejar la liberación de la entidad demandada, demostraría, sin duda, una culpa gravísima de su parte, porque ¿cómo es posible que no tenga en las estaciones la suficiente vigilancia para no permitir que un ebrio, quien es, por tanto, irresponsable de sus actos pueda cometer imprudencias capaces de comprometer su vida, máxime cuando por tratarse de un día feriado, como lo es el 1º de enero, es presumible la ocurrencia de estos sucesos desgraciados? Por mi parte, entiendo, que los motoristas, los jefes de estación y demás personal, en un día como el 1º de enero en que es mucho el movimiento de pasajeros, deben doblar el cuidado y vigilancia, para evitar el acaecimiento de hechos de tal naturaleza, y el no

hacerlo así debe aparejar la consiguiente responsabilidad de la empresa respectiva”.

Por último, sostiene que no es admisible la declaración de los testigos cuando éstos afirman que Díaz en el momento de tomar el tren se hallaba embriagado, por cuanto si así hubiese estado, no habría podido entonces correr, ya que el alcohol afecta los órganos de la locomoción.

A continuación se reproducen los principales apartes del extenso alegato presentado por el doctor Julián Cock Escobar, quien obró como apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad demandada:

“La empresa del FF. CC. de Girardot —dice— señor Magistrado, cumplió absoluta y totalmente con las obligaciones que a ella le imponía el contrato de transporte celebrado con Nicolás Díaz Sánchez y no violó ninguna de las obligaciones de seguridad que de él emanan.

“Fue el pasajero, el que por su propia y espontánea voluntad, dió por terminado el contrato, habiéndose bajado del convoy en la estación de Cachipay, cualquiera que fuera el motivo que allí lo detuviera y con mucha mayor razón si se tiene en cuenta que la permanencia de Díaz Sánchez en la estación de Cachipay obedeció a que el tren lo dejó por estar allí libando licor con otras personas que declaran en el plenario, en la prueba que se ha recogido ante la H. Corté, actitud ésta, en todo ajena a la empresa ferroviaria, e impropia de una persona diligente, cuidadosa y con sentido de responsabilidad”.

Transcribe luego los principales apartes de las declaraciones rendidas por los Izquierdo, por Eleuterio Cuestas y por Gabriel Rubio, acerca de la manera como tuvieron ocurrencia los hechos, después añade:

“En donde está, pues, señor Magistrado, la culpa y la consiguiente responsabilidad de la Empresa por la muerte de Nicolás Díaz Sánchez, hecho que le imputa el abogado de la demandante, cuando en el hecho quinto del libelo de demanda dice:

“5º—El accidente se debió a descuido, negligencia, culpa de la entidad demandada y de sus agentes y dependientes”.

“En qué estado quedan, señor Magistrado, las afirmaciones que el mismo apoderado hace en su libelo, cuando tergiversa los hechos y se aparta fundamentalmente de la verdad, cuando afirma que “el señor Díaz se subió en la plataforma posterior de uno de los últimos carros o coches; pero posiblemente a consecuencia de alguna frenada de la máquina en la vuelta de la vía que existe

al salir de El Ocaso el coche que iba inmediatamente después de la plataforma en que se encontraba Díaz lo golpeó en la espalda fuertemente, golpe que ocasionó la caída del señor Díaz en medio de dos vagones o coches... etc.”:

“En ese ‘posiblemente’ y en la imaginación del apoderado de la demandante, señor Magistrado, existen muchas suposiciones, tantas, que él mismo estructuró los hechos de manera bien distinta a como pasaron, quedando hoy ante la Corte, y ante quienes hemos conocido este negocio, en actitud bien desairada.

“La responsabilidad del transportador —prosi— ue el mismo alegato— industria que apareja conigo riesgos, solamente se desvanece, entre nosotros, conforme a las normas que establecen los artículos 2073 del Código Civil y 306 del Código de Comercio Terrestre, cuando dicen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 2073.—El acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito.

“No podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse”.

“Artículo 306.—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”.

“Uno de los medios de presentar excepciones a la imputación de culpa y de consiguiente responsabilidad; fuera de la fuerza mayor y del caso fortuito, acogido por nuestra jurisprudencia, es la intervención de elemento extraño”, que se ha tenido como la culpa de la misma víctima.

“La culpa de Nicolás Díaz Sánchez, víctima de un propio hecho, descuido, imprudencia y negligencia en el obrar, está sumamente clara y aparece también configurada en el plenario, señor Magistrado, que es innecesario entrar en nuevas disquisiciones. La sola lectura de los autos es suficiente para ilustrar el criterio. Hacia ellos llamo la atención al señor Magistrado, muy respetuosamente”.

Un poco más adelante, refiriéndose al cargo de culpa hecho contra la empresa demandada, por el apoderado de la parte actora en su alegato de conclusión, cargo consistente en haber permitido el acceso al convoy de una persona que se dice estaba ebria, se expresa así el doctor Cock Escobar: “Con que esas tenemos. Buenas andarían las em-

presas de transportes, si tuvieran la obligación de ponerle un policía de vigilancia a cada pasajero y que dicha vigilancia se hiciera extensiva aún después de terminado el contrato de transporte o de renunciado a éste por el transportado. Para el caso que se estudia, el Ferrocarril de Girardot, debió haberle puesto un policía vigilante al señor Nicolás Díaz Sánchez, que fue su pasajero en el tren No. 1, cuando se bajó, voluntariamente, renunciando seguir en el convoy, en la estación de Cachipay. Esa guarda, en el criterio del apoderado de la demandante debió haber continuado durante las horas en que éste permaneció en la citada población, durante su viaje de allí a la estación de El Ocaso y mientras duró la permanencia de Díaz Sánchez en tabernas aledañas a aquel lugar, en donde se dedicó a embriagarse.

“Eso equivaldría señor Magistrado, a convertir a las empresas transportadoras, en policía de vigilancia o guardia de vista para cada una de las personas que viajan en los coches, que se bajan de ellos y que permanecen en lugares aledaños a las vías férreas.

“Esa no podría ser una obligación de seguridad, que la empresa estuviera obligada a cumplir, y quererlo así, o siquiera insinuarlo, como lo hace el abogado Rodríguez, en su alegato, como ya lo dije, es ingenuo, por no decir, necio.

“Las obligaciones de la empresa del Ferrocarril de Girardot, para con el señor Nicolás Díaz Sánchez, señor Magistrado, terminaron absoluta y totalmente, desde el momento en que éste se bajó en Cachipay del tren No. 1, que salió de Bogotá a las seis de la mañana.

“Nada tenía que ver la empresa con que un borracho, situado en lugar distante de la estación de El Ocaso, en las primeras horas de la tarde de aquel mismo día, fuera a tomar el convoy, que ya estaba en marcha, después de haberse estacionado lo suficiente, para dejar y tomar pasajeros. Ese acto de Díaz Sánchez, personal y voluntario de él, sólo a él es imputable y por ello perdió la vida lastimosamente, pero no a la Empresa, de quien, injustamente se quieren cobrar los ansiados perjuicios traducidos en metálico”.

Continúa así el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales:

“No se sabe —dice—, señor Magistrado, cómo entiende el señor abogado Rodríguez las obligaciones de elección y vigilancia que son propias del empleador. Pero él cree que hay una responsabilidad de la empresa por culpa de su subalterno el maquinista Gabriel Rubio, que detuvo el convoy

cuando su ayudante Eleuterio Cuestas, que iba en la misma casilla de la locomotora, formando parte de la tripulación de ésta, le advirtió que detuviera la marcha de la locomotora, cuando desde su puesto pudo observar lo que ocurría en la parte de atrás del tren, cuando como dice en su declaración, "llegaron corriendo tres individuos con ánimo de alcanzarlo".

"El hecho de que el maquinista Gabriel Rubio advertido de lo acaecido por su ayudante, hubiera detenido la locomotora en un breve espacio con el consiguiente peligro que esto implica para la vida del maquinista, de la tripulación y de los pasajeros, por la frenada en seco, pues vimos que se aplicaron "inmediatamente los frenos", habiendo resbalado la locomotora, no, obstante, quince metros, como puede leerse en la declaración del maquinista, no puede imputarse, de manera alguna a falta de buena elección y de estrecha vigilancia del patrón o empleador hacia sus subalternos o dependientes. Esto sólo cabe en la imaginación y en el alegato del señor Abogado apoderado.

"Por el contrario, señor Magistrado, Gabriel Rubio, Eleuterio Cuestas y los demás hombres que formaban la tripulación de casilla, obraron diligente y oportunamente en aquel caso, aún a trueque de sus propias vidas a quienes amenazaba el peligro que es natural y consecuente de una aplicación de freno en vehículos de esa clase, de ese peso, que transitan en vía de esa pendiente y con la velocidad que desarrollan, y eso que allí, en El Ocaso, apenas se iniciaba la marcha".

### El proceso penal

En otra parte de esta sentencia se transcribieron las constancias que hay en los Libros de la Inspección Departamental de Policía de Cachipay respecto de la iniciación y adelantamiento de una investigación de carácter criminal relacionada con el posible delito culposo de homicidio, que se hubiera podido consumir con la muerte trágica de Nicolás Díaz Sánchez.

Durante esta segunda instancia, el quince de marzo último, según razón secretarial, el apoderado de la parte demandada presentó un memorial por el cual pidió la suspensión de este juicio hasta tanto fuera allegada a los autos la prueba de la terminación en el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá del proceso penal que allí cursaba, y solicitó al propio tiempo para el efecto que por la Sala se dictara un auto para mejor proveer, a fin de que de este modo viniera esa prueba.

Posteriormente, cuando aún el negocio se hallaba en la Secretaría para surtir el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, junto con el suyo, el mismo abogado doctor Cock, con fecha veintitrés de abril, trajo unas copias compulsadas por el Secretario del Juzgado 4º Superior de Bogotá el veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y siete, donde aparecen el auto proferido por dicho Juzgado el nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, por medio del cual sobreescribió definitivamente a favor de Gabriel Rubio por el delito de homicidio en la persona de Nicolás Díaz, muerto por trituración en la vía férrea y cuyo cadáver fue levantado el primero de enero del mismo año por el Inspector Municipal de El Ocaso; la vista Fiscal emitida por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de la misma capital el once de septiembre del año expresado, y el auto por medio del cual este Tribunal el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, que confirmó el del Juzgado Superior.

Como el Magistrado sustanciador considerara inútil dictar el auto para mejor proveer, toda vez que, como es de pública notoriedad, el nueve de abril último, en los trágicos sucesos ocurridos ese día en la capital, fue incendiado el Palacio de Justicia, y se perdió la mayor parte de los Archivos de las oficinas judiciales que allí funcionaban entre las cuales se encontraba el Juzgado y el Tribunal de que se ha hecho mención, resolvió ordenar agregar dichas copias con citación de la parte contraria, a fin de que ésta pudiera hacer las observaciones o reparos que a bien tuviera ya que no era posible obtener la expedición directa de otras nuevas.

En la providencia del Juzgado Superior se dice: "Del proceso aparece que Nicolás Díaz estuvo en compañía de su padre, y de otra persona, ingiriendo licor en un lugar cercano de la estación del ferrocarril de El Ocaso, que de un momento a otro, cuando el tren ya había salido en marcha, pretendió subirse a él en forma precipitada y temeraria, teniéndose por resultado que cayó a la vía y fue arrollado por su propia culpa. Se recibió declaración indagatoria al conductor de la locomotora señor Gabriel Rubio C., pero es lo cierto que en su contra no aparece la responsabilidad en el suceso, por donde debe aplicarse el artículo 437 del C. de P. P.

"Por lo expuesto, el Juzgado Cuarto Superior del Distrito Judicial de Bogotá, acorde con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESSEE DE-

DEFINITIVAMENTE a favor de Gabriel Rubio C. por el delito de homicidio de que se le sindicó en este proceso.— Cópiese, notifíquese y consúltese (fdo.) El Juez, Humberto Ardila B., El secretario, Amador Jiménez”.

La providencia del Tribunal Superior de Bogotá trae los siguientes **considerandos**: “En contra del procesado, no obra, pues, ningún elemento que pueda estructurar delito alguno según se deja expuesto anteriormente.

“En consecuencia, el auto consultado, debe confirmarse desde luego que se halla ajustado a las prescripciones legales.

“Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CONFIRMA el auto consultado.

“Cópiese, notifíquese y devuélvase. (Fdo.) Arturo C. Posada. — Rito Quintero Díaz. — Pedro E. del Río. — Agustín Alvarez Ruiz, Secretario”.

#### Consideraciones de la Sala

La primera cuestión que debe ser objeto de estudio es la de si el sobreseimiento definitivo proferido a favor del maquinista Gabriel Rubio es suficiente para eximir por completo de toda responsabilidad civil por la muerte de Nicolás Díaz Sánchez, a la parte demandada.

El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, dispone a este respecto: “La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima”.

El sobreseimiento proferido a favor de Rubio se encuentra ejecutoriado ya que se surtió la consulta con el superior, quien, según se deja dicho, lo confirmó.

Resta ver si de los términos en que se hallan concebidos los argumentos que sirvieron de base para su proferimiento, puede deducirse que él haya obedecido a alguno de los motivos que contempla el citado artículo 28.

Debe ante todo la Sala afirmar que es conveniente que los Juzgados y los Tribunales del país pongan al redactar esta clase de providencias el mayor cuidado y esmero a fin de que con toda

evidencia resulte el fundamento que se tiene por el juzgador para sobreseer o absolver, esto es, si el sobreseimiento, o la absolución, obedecen a que la infracción no existe, a que el procesado no la ha cometido, a que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, o tan sólo a que el hecho no configura infracción penal, caso en el cual sí puede quedar expedito el camino para intentar una reclamación de carácter civil.

Las providencias judiciales no deben ser objeto de interpretación por parte de quienes se hallen encargados de cumplirlas; sino preciso es que en ellas se exprese la voluntad del juzgador, y los motivos que él tuvo, para adoptar determinada decisión. Esto es, por lo demás, lo que quiere significar el precepto constitucional cuando ordena que toda sentencia deber ser motivada.

Sin embargo, entendiéndole la Corte, que cuando el Juzgado de primera instancia afirmó de manera categórica que en contra del procesado Gabriel Rubio “no aparece la menor responsabilidad en el proceso” quiso significar que toda la responsabilidad por el infortunado acontecimiento recae sobre la víctima del mismo, es decir, que la muerte de Nicolás Díaz Sánchez no obedeció sino al acto imprudente del muerto, y únicamente a la culpa de éste.

Se concluye entonces que no puede exigirse tampoco responsabilidad civil al dicho Gabriel Rubio por los perjuicios ocasionados por tal hecho, y consensualmente los Ferrocarriles Nacionales no son obligados a responder por esos perjuicios por el acto de su agente o empleado.

Pero aún prescindiendo de lo anterior, ocurre que, como también lo anotó el **a quo**, los hechos no ocurrieron como se relata en la demanda, sino que el accidente se realizó cuando el occiso intentó subir al tren en momentos que éste se hallaba ya en movimiento, según lo establecen todas las pruebas testimoniales allegadas al juicio.

Como en su alegato de segunda instancia, el apoderado de la demandante pretende deducir responsabilidad por parte de la empresa del Ferrocarril de Girardot, no ya propiamente por haber tenido ocurrencia los hechos como se dedujo en la demanda, sino porque esta misma empresa no tuvo en las estaciones el personal suficiente ni adoptó las otras medidas conducentes a fin de que los pasajeros no tengan acceso a las líneas férreas después de que el tren ha partido, todo lo cual equivale a decir que la parte demandante deduce responsabilidad contra el Consejo Administrativo de

los Ferrocarriles Nacionales no propiamente por el hecho del maquinista Rubio, sino por el hecho o negligencia de otros agentes suyos, el sobreseimiento definitivo proferido a favor de Rubio, no es en sentir de la Sala suficiente para fundar una total absolución del demandado, sino que es preciso analizar las otras cuestiones que plantea este nuevo aspecto del juicio.

Pero, deberá observarse, con relación a esto, que si se dijera que hubo culpa por parte del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales por no haber impedido el acceso del occiso al convoy, cuando éste ya se hallaba en movimiento, también la hubo, y ello sí sin lugar a duda, por parte de la víctima, quien se aventuró de manera imprudente a tomar un tren que ya no estaba estacionado, pudiendo prever muy fácilmente que el movimiento de los coches o cualquier otro factor pudiera ser determinante de fatales consecuencias para él.

Cosa muy diferente sería el que el tren hubiese comenzado su marcha en momentos en que Díaz se hallaba tratando de subirse a él. En ese evento sí podría deducirse culpabilidad al demandado si él no hubiese puesto todo cuanto estaba de su parte para evitar ese peligro para el pasajero, como por ejemplo el no haber estacionado suficiente tiempo el convoy, el no haber dado los avisos del caso, antes de hacer que éste comenzara su marcha, etc.

¶ Pero, si en tales circunstancias podría discutirse la culpabilidad de la empresa demandada, no es posible aceptarla en el caso de autos cuando la desgracia obedeció de manera principal y exclusiva a un hecho voluntario y libre de la víctima, que habría podido y debido prever sus consecuencias: el pretender subirse a un tren que ya había partido de la estación.

Además, no deberá olvidarse que el artículo 2º de la ley 75 de 1920, dispone:

“Es prohibido a los particulares introducirse en la vía de un ferrocarril, situarse en las estaciones a una distancia de los rieles menor de dos metros, ocupar la zona con animales, depósitos de carga o cualesquiera otros objetos, embarazar de otra manera el libre tránsito de los trenes, transitar por los puentes destinados exclusivamente al servicio de las empresas férreas, y tocar las agujas de las palancas de los apartaderos y los demás elementos que sirven para comunicar señales.

“Los que contravengan esta disposición serán castigados con multa de cinco a cien pesos (\$ 5 a

\$ 100), que según la gravedad de la infracción impondrá el respectivo Jefe de Policía”.

Pues bien: se tiene entonces que si una persona contraviene estas precisas disposiciones legales: reporta de su acto algún perjuicio, no solo no puede reclamar indemnización por tal motivo, sino que se hace acreedora a las sanciones correspondientes.

Cuando, pues, Díaz fue a tomar el tren que ya se hallaba en movimiento, fue él y no la empresa demandada, quien incurrió en culpa, porque no sólo realizó imprudentemente y de manera libre un acto peligroso para sí, sino que contravino con mayor gravedad aún la disposición del artículo transcrito que prohíbe a los particulares situarse en las estaciones a menos de dos metros de distancia de la línea férrea, y porque a más de esto intentó subir a un vehículo que ya se había movido.

Siendo así, que la violación de las prohibiciones establecidas en el artículo de que se ha venido hablando hace incurrir en responsabilidad policial a su autor; que es a los particulares que pueden sufrir perjuicio con la comisión de esas infracciones, con la realización de esos actos que la ley prohíbe, a quienes impone la obligación de abstenerse de realizarlos, y no a las empresas a las que obliga a impedir su ejecución, mal puede demandarse de éstas indemnización por los perjuicios que se hayan seguido para el trasgresor de la ley, o para sus allegados por el acto con que éste contravino lo preceptuado por el legislador.

No deberá olvidarse asimismo, que, como lo ha repetido la Corte, la demanda es la pauta del juicio y el juzgador no puede apartarse de ella al proferir su sentencia.

Los hechos expuestos en el libelo como fundamento de las pretensiones de la demanda forman parte integrante de la misma, a tal punto que, aunque por otros hechos fuera viable la pretensión de la demanda, si por los expuestos en el libelo la acción no puede prosperar, o si éstos no resultan probados, o si, por último, como en el caso de autos, se demuestra la falsedad de la relación hecha en la demanda, aunque los hechos que se comprueben en el proceso sí pueden servir de fundamento suficiente a las pretensiones del demandante, la acción no puede prosperar, porque lo contrario equivaldría a apartarse de la demanda misma, con grave perjuicio del demandado, quien podría resultar vencido sin haber sido oído en el juicio, y de nada le aprovecharía entonces para su defensa el traslado que de la demanda se le diera conforme a lo que dispone la ley procesal.

Antes de concluir, la Sala cree oportuno puntualizar algunas observaciones:

Si se considera el libelo en sus fundamentaciones esenciales y al través de la interpretación que de él hace la parte actora en sus alegaciones, se configura una acción extracontractual, en virtud de la cual en la petición principal de la demanda, se pide indemnización por los perjuicios que Trinidad Sánchez sufrió con motivo de la muerte trágica de su hijo.

Así las cosas, la demanda por daños personales irrogados a la actora podría gobernarse por disposiciones del C. C., tales como el artículo 2356 en el que se establece una presunción de culpa, que no se desvirtúa sino por fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño, dentro del cual cabe la culpa de la víctima.

A este propósito en sentencia de 20 de febrero de 1945 (G. J., Tomo 58, pág. 613) dijo la Sala de Casación Civil, con ocasión de un accidente en que pereció un pasajero y demandaba su madre: "Orsía Gutiérrez se ha colocado al margen de toda relación jurídica preexistente, ha procedido como un tercero respecto del contrato de transporte y ha pedido para ella con fundamento en haber sufrido un daño personal y directo determinado por el hecho que privó de la vida a su hijo y cuyo acaecimiento, sin necesidad de antecedente jurídico, ha generado en el terreno de la responsabilidad extracontractual las vinculaciones de acreedor y deudor entre la actora y su demandado....".

No es éste el plano en que se colocaron el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, como puede verse en los alegatos de esta segunda instancia, y el Tribunal **a quo**, como fluye en la motivación de la sentencia. Ambos, reflexionando quizá en que el señor Díaz en el libelo se presentaba como pasajero, juzgaron que la responsabilidad se basaba en un contrato de transporte incumplido. Y en tales condiciones se refieren a la culpa contractual del transportador.

No obstante, la claridad del fallo antes transcrito de la Corte de Casación, la tesis adoptada por el **a quo** tiene antecedentes jurisprudenciales como lo son: fallo de casación de 25 de noviembre de 1938 y fallos de la Sala de Negocios Generales, entre otros el de 23 de abril de 1947.

Sea que el asunto se mire como culpa aquiliana o bien como contractual, la culpa comprobada de la víctima, en ambos supuestos, exonera de la responsabilidad, como se decidió en la sentencia apelada.

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 y cópiese.

**Eleuterio Serna R.** — **Germán Alvarado.** — **Anibal Cardoso Gaitán.** — **Luis A. Flórez.** — **Luis Rafael Robles.** — **Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

## LA ACCION CIVIL POR PERJUICIOS Y LA ACCION PENAL SEGUN LO ESTABLECIDO EN LOS ARTICULOS 11, 24 Y 25 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Hay subordinación de la acción civil a la penal si se demanda al responsable directo del daño. No hay tal subordinación si la demanda se dirige contra el tercero responsable; en este caso la acción civil puede intentarse sin sujeción a la penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Anibal Cardoso Gaitán)

En el juicio ordinario de Ester García Mejía contra la Nación para que se declare la responsabilidad de ésta en un accidente de tránsito en que fue víctima la actora el 9 de junio de 1945, en la calle 20 de Bogotá, y se condene al pago de los perjuicios, el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente decretó la suspensión del juicio civil mientras se falla el proceso penal que se adelanta para la investigación de la responsabilidad de Pedro A. Patiño, chofer del carro al servicio del Ministerio de Guerra que ocasionó las lesiones a la menor reclamante. De esa providencia apelaron ante esta Sala de la Corte el representante de la Nación y el apoderado de la parte demandante.

El Tribunal funda su decisión en la doctrina sentada por la Corte Suprema en varios de sus fallos.

El señor Procurador Delegado en lo Civil sustenta la tesis sostenida en el auto que se revisa y le pide a la Corte que lo confirme:

El apoderado del recurrente manifiesta que no es en su concepto jurídica la resolución del inferior, porque estima que la acción civil se puede ejercitar independientemente de la acción penal y por lo mismo sin esperar a que esta última se falle. Considera que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal no sirve de base para decretar la suspensión de los procesos civiles en casos como el que se contempla en este pleito. "Sólo cuando en el proceso civil aparece oscura o dudosa la

ocurrencia del hecho material de donde se pretende deducir el daño, —dice— o la imputabilidad material del demandado, debe el juez civil suspender el proceso, y suspenderlo de oficio. Pero establecida la materialidad del hecho, y establecido que el demandado lo cometió, debe el juez civil, para suspender el proceso, esperar que el demandado alegue que ese hecho lo cometió en ejercicio de una función legítima. De ahí se desprende que en ningún caso el proceso civil ha de suspenderse con una providencia interlocutoria, sino por fuerza de una excepción que afecte la intención misma de la demanda".

Después de un examen atento que la Sala ha hecho de las observaciones del abogado recurrente y de la materia sobre que ella versa, estudiada a la luz de los principios jurídicos que la informan y de las disposiciones legales que la rigen, expresa su parecer en el particular que le ha de servir para desatar la controversia suscitada en la apelación.

Es regla del Código de Procedimiento Penal la de que "la acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal se ejercerá dentro del proceso penal (artículo 24). Al proceso civil se puede ir, según el artículo 25, "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"; no se puede ir a él en todos los casos y de un modo general. Sentada esta regla como base, expresa el artículo 28 que "la acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". Razonablemente vista la acción civil separada, de que trata este artículo, se produce en los casos de excepción que autoriza el artículo 25 al disponer que el perjudicado que no comparece al juicio penal puede proponer la acción civil, ya que tal ac-

ción independiente es la única que se permite en beneficio de quien no ha ido al proceso penal. De otro lado, la acción civil de que trata el artículo 28 no se puede proponer sino "cuando en el proceso penal" se ha hecho una declaración; luego no es posible legalmente intentar una acción civil independiente de la penal; esta última es previa, y la civil se pronuncia cuando la penal ha sido hecha. Esto si se reclama la indemnización al responsable directo del perjuicio, pues si se obra contra el tercero responsable las reglas son otras.

La Sala de Negocios Generales en providencia de 6 de septiembre de 1943 (G. J., Tomo LXVI, pág. 526) y la de Casación, Civil en sentencias de 10 de febrero de 1947 (G. J., Tomo LXI, pág. 730) y de 30 de mayo del mismo año (G. J., Tomo LXII, pág. 396) sientan esta doctrina de subordinación de la acción civil a la penal en todos los casos, sin distinciones. El fallo de la Sala de Negocios Generales de 29 de agosto de 1945 (G. J., Tomo LIX, pág. 586) admite el paralelismo de las acciones civil y penal, también sin distinguir, o sea para todos los casos. Un nuevo y detenido estudio que esta Sala de la Corte ha hecho de la materia y de la jurisprudencia anterior la ha llevado a avanzar en este delicado y difícil asunto de la influencia de la acción penal en el proceso civil, contemplado a la luz de nuestro derecho positivo. Cree la Sala que las observaciones que adelante, presenta contribuyen a formar un criterio racional de interpretación y aplicación de las normas procesales pertinentes contenidas en los artículos 11 y 24 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Cuando la demanda civil por perjuicios se sigue contra el tercero responsable las reglas que rigen los procesos son distintas de las que operan cuando la acción se ejercita contra el responsable directo y único del daño. Previene el artículo 92 del Código Penal que en toda sentencia condenatoria de que resulten daños o perjuicios a alguna persona se condenará a los responsables al pago de la indemnización. Y el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal establece que la acción civil se ejercerá dentro del proceso penal por la persona perjudicada o sus herederos. Las disposiciones del mismo capítulo, al referirse al **sindicado** (artículo 29), y al pago de la indemnización para el otorgamiento de la condena o la libertad condicionales (artículo 26), que se conceden al **sindicado**, indican que el Código de Procedimiento Penal sólo contempla, en el **sindicado**, a la persona responsable directamente del daño, no al tercero que

eventualmente deba responder del perjuicio civil. Esta observación produce consecuencias para fijar la posición en que se halla colocado el tercero frente a las reglas del capítulo II "De la Acción Civil". Como tales normas se refieren al **sindicado**, que además de serlo, desde el punto de vista penal, es también, en el plano civil, el único responsable del daño cuya indemnización se reclama, los preceptos aludidos no tocan con el tercero responsable. Aquellas normas se limitan en su aplicación al responsable directo del perjuicio y no al tercero, que por lo mismo no tiene en cuenta el Código de Procedimiento. Lo que significa que el tercero no puede ser llevado al juicio penal y que por tanto la acción civil para cobrarle perjuicios ha de intentarse por el perjudicado separadamente, en juicio civil aparte.

Sobre la oportunidad en que haya de proponerse esta acción caben algunas consideraciones:

Cuando el autor directo del perjuicio es o puede ser el único responsable civil, por no existir tercero, la acción se dirige contra él, bien sea dentro del juicio penal o posteriormente a éste, en juicio civil. En tal caso el presupuesto de la ley procesal se aplica plenamente, pues como él lo prevé, puede entonces el perjudicado demandar al responsable del daño en el juicio penal, o en juicio civil separado, cuando el penal ha fenecido. Tiene así cabal aplicación el estatuto establecido en el Capítulo II, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal.

No ocurre lo mismo cuando el perjudicado dirige su acción contra el tercero responsable. Aquí ya no rige la subordinación total de la acción civil a la penal previa, ordenada en los artículos 24 y siguientes del Código Procesal. La acción civil puede entonces proponerse, sin subordinación a la penal, en cualquier tiempo, antes que prescriba, y el proceso no encuentra más regla a qué atender para su adelantamiento que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal que ordena su suspensión, en las circunstancias que él contempla. El inciso segundo de esa disposición, por el carácter general que tiene, es aplicable al caso en examen y por lo tanto debe suspenderse el juicio civil mientras se adelanta el proceso penal.

Resta por examinar una observación del señor abogado del recurrente expuesta así: "Por lo que hace al hecho concreto de autos quiero llamar muy respetuosamente la atención de la Corte hacia el hecho de que la acción de la demanda no se deduce de un delito, ni intencional ni culposo, sino

de una simple contravención. En efecto, después de referir en el hecho primero del libelo la ocurrencia material del accidente en que sufrió la lesión mi poderdante se dice en el hecho segundo: 'Segunda.—El atropello se cumplió a pocos pasos del cruce de la carrera séptima con la calle veinte y cuando el automóvil debía andar a poca velocidad que permitía su fácil y aún intempestiva detención'. Como se ve por ese hecho la razón de la demanda descansa en la hipótesis de que cuando el automóvil atropelló a la niña García iba a mayor velocidad de la que permiten los reglamentos de tránsito, porque si no hubiera ido a esa mayor velocidad supuesta, el percance no hubiera ocurrido, pues que el chofer hubiera podido detenerlo fácil e intempestivamente. En ese hecho se imputa al chofer una simple contravención, la simple violación de un reglamento de tránsito, sin decir que el chofer venía desarrollando esa actividad o esa velocidad con manifiesta intención de atropellar a los peatones que encontrara, o que pudo estar en previsión de cualquier atropello o que venía confiado al desarrollar esa velocidad en que podría evitar a pesar de ella cualquier accidente".

Como el Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 27 que "tratándose de contravenciones la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la penal", aun cuando el señor apoderado no lo expresa, parece afirmarlo, que el caso del pleito queda comprendido por esta disposición y que por consiguiente está bien seguir la acción civil independientemente de la penal. Sin embargo basta leer la demanda para convencerse de que ella no se presentó dándole el sentido que ahora pretende el apoderado de la actora. La demanda está construída como todas las que se formulan para pedir la declaración de responsabilidad y la condena por perjuicios. Dentro de la exposición de los hechos en que se apoya se encuentra la afirmación de que el atropello se verificó "cuando el automóvil debía andar a poca velocidad". Esto sólo sirve o puede servir para graduar la respon-

sabilidad del conductor del vehículo, pues no se afirma en ese hecho que aquél anduviese a una velocidad moderada, sino que debía andar a poca velocidad", simplemente por acercarse al cruce de la calle 20 con la carrera 7ª. Puede el hecho interpretarse en el sentido de que era obligación del conductor manejar a poca velocidad, o en el de que se supone que el carro se movía lentamente.

Al propio tiempo no se planteó en la demanda la exclusión de la responsabilidad delictual ni de la responsabilidad culposa. Estas observaciones conducen a negar el pedimento implícito del apoderado de que se le considere la demanda como hecha para reclamar una indemnización por daño consecuencial a una contravención y a que por lo mismo el presente juicio civil se adelante y sentencie sin esperar los resultados del proceso abierto para la investigación.

La demanda de Ester García Mejía contra la Nación que ha venido a la Corte para que se resuelva sobre la firmeza de un auto proferido por el Tribunal Superior en el que se dispuso suspender el juicio hasta cuando se decida el proceso penal pendiente configura uno de los casos de responsabilidad civil de tercero, que lo sería eventualmente la Nación. La suspensión no fue pedida en la primera instancia por el representante de la entidad pública demandada, pero en la segunda el señor Procurador sí lo solicita al pedir que se confirme el auto del Tribunal.

En consecuencia de lo expuesto, y con base especialmente en las razones aquí aducidas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia que fue objeto de la apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PRACTICA DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con el artículo 505 del C. J., en las apelaciones de autos interlocutorios sólo se concede término de pruebas excepcionalmente, y siempre que esa oportunidad haya existido en la primera instancia. Se requiere que se hayan denegado pruebas pertinentes por el inferior, o que algunas de las decretadas por éste se hayan dejado de practicar sin culpa del que las pidió, o que haya surgido algún hecho nuevo que pueda influir en la decisión. Se ve claro que no se trata de una oportunidad probatoria general, para todas las pruebas que se deseen solicitar, sino sólo de una oportunidad probatoria especial, destinada al caso o casos que le sirvieron de fundamento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

En el juicio ordinario de Miguel A. González contra la Nación, subió a la Corte en apelación la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo de fecha veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se decidió el incidente sobre liquidación de perjuicios previsto en el artículo 553 del C. J., incidente promovido en cumplimiento de fallo definitivo de esta Superioridad.

El asunto se abrió a pruebas en esta segunda instancia por solicitud del apoderado del demandante, quien se proponía "allegar a los autos las pruebas pedidas en primera instancia y que no fue posible practicar por circunstancias completamente ajenas a la voluntad de la parte actora".

El mismo apoderado del demandante presentó después, para que se tuvieran como pruebas, algunos certificados que en su concepto tenían importancia para la fijación de los perjuicios, los cuales aparecen expedidos en el año de 1943.

El señor Magistrado sustanciador resolvió que no era procedente decretar esas pruebas, por medio

de auto de veintinueve de abril del corriente año, en el cual dispuso:

"No se tienen como pruebas los certificados enumerados en el punto segundo del aludido memorial, que se acompañaron a éste, por cuanto en la primera instancia de este incidente no fueron traídos a los autos, ni en la respectiva solicitud sobre pruebas hubo petición alguna acerca de ellos (No. 2º, artículo 505 del C. J.)."

Contra la anterior providencia interpuso recurso de súplica el apoderado del actor, recurso que ahora procede a resolver el resto de la Sala. Y para ello se considera:

De acuerdo con el artículo 505 del C. J., en las apelaciones de autos interlocutorios sólo se concede término de pruebas excepcionalmente, y siempre que esa oportunidad haya existido en la primera instancia. Se requiere que se hayan denegado pruebas pertinentes por el inferior, o que algunas de las decretadas por éste se hayan dejado de practicar sin culpa del que las pidió, o que haya surgido algún hecho nuevo que pueda influir en la decisión. Se ve claro que no se trata de una oportunidad probatoria general, para todas las pruebas que se deseen solicitar, sino sólo de una oportunidad probatoria especial, destinada al caso o casos que le sirvieron de fundamento.

Pero ocurre que en el presente asunto la apertura a pruebas no se pidió para allegar los certificados que se presentaron después ante la Corte, y ni siquiera podría considerarse que éstos provienen de hechos nuevos, ya que su expedición corresponde al año de 1943. La providencia reclamada es, pues, perfectamente legal.

Por lo tanto, se MANTIENE el auto suplicado por el apoderado del demandante, dictado por el señor Magistrado sustanciador el veintinueve de abril del presente año.

Notifíquese.

Eleuterio Serna R. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION EJECUTIVA. — CURADOR AD-LITEM DEL EJECUTADO

Al curador *ad-litem* de un ejecutado no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifica el mandamiento de pago. Si el demandante es parte desde que inicia la acción, el demandado tan solo viene a serlo con la notificación que se le hace de la demanda. Es entonces cuando se constituye la relación procesal. De donde resulta que cualquiera gestión del demandado o de su representante antes de que se le notifique la demanda debe considerarse como la de un extraño, salvo que se trate de una intervención prevista especialmente por la ley, como ocurre con el caso del artículo 276 del C. J.

Certe Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

En el juicio ejecutivo intentado por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en que todavía no se ha notificado el mandamiento de pago librado contra aquella empresa, ha venido a la Corte en apelación el auto del Tribunal del conocimiento de fecha veintinueve (21) de agosto de mil novecientos cuarenta y seis (1946), por el cual se negó la tramitación de un incidente de nulidad promovido por el doctor Miguel Santamaría Caro, curador *ad-litem* de la entidad demandada.

Y como ya se ha surtido el trámite de dicha apelación, se procede a resolverla mediante las siguientes consideraciones:

Al curador *ad-litem* de un ejecutado no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifica el mandamiento de pago. Si el demandante es parte desde que inicia la acción, el demandado tan sólo viene a serlo con la notificación que se le hace de la demanda. Es entonces cuando se constituye la relación procesal. De donde resulta que cualquiera gestión del demandado o de su representante antes de que se le notifique la demanda debe considerarse como la de un extraño, salvo que se trate de una intervención prevista especialmente por la ley, como ocurre con el caso del artículo 276 del C. J.

Acorde con lo anterior dispone el artículo 1001 del C. J., en relación con los juicios ejecutivos, que si se acredita que el deudor se oculta o que se ignora su paradero, se le debe nombrar un curador *ad-litem*, "con el cual se entienden la intimación del mandamiento y las diligencias subsiguientes del juicio". Y es apenas natural que tal disposición se aplique igualmente al curador nombrado con emplazamiento previo del deudor, en lo tocante a los fines de su representación.

Si pues en el presente asunto no se le ha notificado el mandamiento de pago al curador *ad-litem*, su solicitud o alegación de nulidades debe reputarse inadmisibles.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma la providencia objeto de la apelación interpuesta.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R. — Luis Rafael Robles. — Luis A. Flórez. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## NO SE REPONE LA PROVIDENCIA ANTERIOR. — CONJUECES. — CAPACIDAD DEL EJECUTADO PARA INTERVENIR EN EL PROCESO

1.—Conforme al artículo 67 del C. J., los conjuces sorteados no pueden separarse del conocimiento de un negocio “sino cuando haya terminado completamente la respectiva instancia o RECURSO, aunque concluya o haya concluido el período para el cual fueron elegidos”; por lo cual resulta ilógica la conclusión deducida de esa disposición por el recurrente, para el caso de autos, ya que el doctor Gartner fue sorteado y actuó como conjuce para resolver un recurso de apelación distinto del presente, el cual terminó hace ya bastante tiempo. Por lo demás, ninguna razón válida ha encontrado la Corte hasta ahora para variar la doctrina sentada desde 1915, en el sentido de que cuando un Magistrado impedido es reemplazado en el cargo cesan las atribuciones de los conjuces, aunque hayan tomado posesión y comenzado a actuar en determinados negocios.

2.—Las razones del reclamante no alcanzan a cambiar el criterio anterior de la Corte, en el sentido de que al ejecutado —o a quien lo represente— no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifique el mandamiento de pago. Ningún fundamento legal le encuentra la Corte a aquellas razones; al contrario, más bien el artículo 437 del C. J., relacionado con los impedimentos, contribuye a robustecer la tesis del auto reclamado. En efecto, la mencionada disposición establece que si el impedimento no es allanable, o si la parte a quien interese conocerlo no se ha apersonado aún en el juicio, debe disponerse en el mismo auto —el auto en que se manifieste el impedimento— que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto. De aquí se deduce muy claramente que a quien no se ha apersonado en el juicio no se le puede tomar en cuenta para llevar a su conocimiento el impedimento allanable de los jueces.

Sobre el punto en cuestión debe agregarse, además, que en varias disposiciones del Capítulo I, Título XII, del Libro II del Código Judicial se establece con perfecta nitidez que los incidentes no proceden sino dentro del juicio. Y ello es apenas natural, no solamen-

te porque por incidente se entiende “toda cuestión distinta de la principal que se suscite durante la sustanciación de un juicio y que haga necesaria una resolución previa o especial”, según el decir de un procesalista, sino también porque es necesario atender a “la rapidez del procedimiento”, como muy bien lo anota el propio reclamante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

Procede la Corte a resolver la solicitud de reposición del auto de veintitrés de noviembre del año pasado, impetrada en el memorial precedente por el apoderado del curador *ad-litem* de la entidad contra la cual se ha intentado ejecución en el presente asunto. Al propio tiempo se procede a decidir sobre el memorial por separado en que el propio apoderado pide la nulidad “de lo actuado en este asunto desde el 28 de noviembre de 1947”, “o por lo menos desde el 11 de mayo de 1948”, memorial que lleva fecha 29 de noviembre de 1948.

### Reposición

Se funda el pedimento de reposición en las siguientes razones: a) En que el doctor Jorge Gartner tomó posesión del cargo de conjuce en el presente negocio el 14 de septiembre de 1945 y con esa calidad firmó el auto de 19 de febrero de 1946, en reemplazo del anterior Magistrado de esta Sala doctor Ramón Miranda: de lo cual deduce el reclamante que ahora, en que el asunto ha venido de nuevo a la Corte por apelación de otra providencia, ha debido seguir actuando como conjuce el doctor Gartner, pues a su juicio ello se desprende del artículo 67 del C. J.; b) En que ha debido declararse separado del cargo de conjuce al doctor Jorge Gartner, si se consideraba que sus funciones habían cesado por haber entrado a reemplazar al doctor Miranda en la Sala el actual Magistrado ponente; y c) En que “si mediante la doctrina de que el demandado tiene que mirarse como extraño antes de que se notifique la demanda se niega que en el entretanto pueda haber incidentes... esa

doctrina es ocasionada a absurdos tal como el de que el juez impedido, y aun el cuyo impedimento sea inallanable, tenga que aprehender el conocimiento del asunto y pronunciar auto de fondo en el juicio ejecutivo. . . . En este sentido, el reclamante insiste en razones semejantes, con el ánimo de demostrar los inconvenientes de no admitirle al demandado incidentes antes de hacerse parte en el juicio.

La Corte considera:

Aunque las dos primeras razones del reclamante no entrañan propiamente ninguna ilegalidad en el auto recurrido, es conveniente hacer sobre el particular las debidas aclaraciones. Es una de ellas que, conforme al artículo 67 del C. J., los conjuces sorteados no pueden separarse del conocimiento de un negocio "sino cuando haya terminado completamente la respectiva instancia o recurso, aunque concluya o haya concluido el período para el cual fueron elegidos"; por lo cual resulta ilógica la conclusión deducida de esa disposición por el recurrente, para el caso de autos, ya que el doctor Gartner fue sorteado y actuó como conjuce para resolver un recurso de apelación distinto del presente, el cual terminó hace ya bastante tiempo. Por lo demás, ninguna razón válida ha encontrado la Corte hasta ahora para variar la doctrina sentada desde 1915, en el sentido de que cuando un Magistrado impedido es reemplazado en el cargo cesan las atribuciones de los conjuces, aunque haya tomado posesión y comenzado a actuar en determinados negocios.

Ninguna razón había tampoco para declarar separado del cargo de conjuce al doctor Jorge Gartner, pues el expresado doctor no venía interviniendo como tal en la apelación de que ahora se trata. Lo que ocurrió en el presente caso fue que el Magistrado anterior al actual ponente, doctor Ramón Miranda, se declaró por segunda vez impedido en el negocio, con motivo del nuevo recurso en estudio, y que ese impedimento se estaba tramitando cuando se separó del cargo y fue reemplazado por el ponente de ahora: razón por la cual éste entró a conocer del asunto, de acuerdo con lo dispuesto por providencia de 13 de septiembre de 1948.

Por último, las razones del reclamante expuestas en tercer lugar, que sí se refieren a la providencia recurrida en sí misma, no alcanzan a cambiar el criterio anterior de la Corte, en el sentido de que al ejecutado —o a quien lo represente— no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifique el man-

damiento de pago. Ningún fundamento legal le encuentra la Corte a aquellas razones; al contrario, más bien el artículo 437 del C. J., relacionado con los impedimentos, contribuye a robustecer la tesis del auto reclamado. En efecto, la mencionada disposición establece que si el impedimento no es allanable, o si la parte a quien interese conocerlo no se ha apersonado aún en el juicio, debe disponerse en el mismo auto —el auto en que se manifieste el impedimento— que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto. De aquí se deduce muy claramente que a quien no se ha apersonado en el juicio no se le puede tomar en cuenta para llevar a su conocimiento el impedimento allanable de los jueces.

Sobre el punto en cuestión debe agregarse, además, que en varias disposiciones del Capítulo I, Título XII, del Libro II del Código Judicial se establece con perfecta nitidez que los incidentes no proceden sino dentro del juicio. Y ello es apenas natural, no solamente porque por incidente se entiende "toda cuestión distinta de la principal que se suscite durante la sustanciación de un juicio y que haga necesaria una resolución previa o especial", según el decir de un procesalista, sino también porque es necesario atender a "la rapidez del procedimiento", como muy bien lo anota el propio reclamante.

#### Solicitud de nulidad

El incidente de nulidad propuesto ante esta Sala no es admisible por las razones expuestas en la providencia de 23 de noviembre de 1948 y por las anteriormente aducidas. Es decir: ese incidente no se puede admitir porque en el presente asunto todavía no hay juicio, ya que hasta el presente no se ha notificado el mandamiento de pago.

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

#### Resuelve:

1º—No se accede a reponer la providencia de esta Sala de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada en el ejecutivo intentado por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited.

2º—Declárase inadmisibile el incidente de nulidad propuesto ante la Sala por el apoderado del curador *ad-litem* de la entidad demandada en el presente asunto.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Luis Rafael Robles. — Luis A. Flórez. — Germán Alvarado. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## EXCEPCIONES DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA ADJETIVA Y DE INEPTA DEMANDA

1.—En el caso en estudio, de manifiesto aparece que el apoderado de la señora Aarón O., en su libelo de demanda se extralimitó en los términos del mandato, al solicitar declaración de propiedad de la totalidad de un predio determinado por su nombre y claramente delimitado, cuando el poder solamente lo facultaba para solicitar igual declaración en relación con lotes precisos de terreno, comprendidos dentro del predio de "San Gerónimo de Ariguani" o que hacen parte de éste, resultando por lo mismo patente su falta de personería adjetiva para ello.

Sin embargo se observa que si no tiene poder para proponer acción de propiedad sobre todo el globo de Ariguani, sí lo tiene para promover la demanda sobre los lotes que describe en el libelo. En semejantes circunstancias se pone de relieve que la ilegitimidad de la personería sólo es parcial, o sea en relación con la totalidad del globo. Una declaración en esta forma no perjudica la unidad de la demanda porque de la enumeración de los hechos aparece que el actor alega que es propietario del globo general, condición que estima necesaria para deducir declaración de propiedad sobre los lotes encerrados o contenidos en él.

2.—La disposición del artículo 209 del C. J. enseña que en una demanda pueden proponerse subsidiariamente dos remedios contrarios que no se excluyan por la elección, lo que no ocurre en el caso actual, porque si una persona no es propietaria exclusiva de una cosa, no hay inconveniente de que subsidiariamente compruebe que es propietaria en comunidad con otros; la elección de la primera acción, como es obvio, no excluye la segunda.

El señor doctor Rafael Martínez Sarmiento, como apoderado de la señora Teodolinda Aarón O., demandó en juicio ordinario a la Nación suplicando declaración de propiedad, a favor de su mandante, del predio denominado "San Gerónimo de Ariguani" y del petróleo que se encuentre en su subsuelo, así como también en relación con unos lotes de terreno y petróleo que se encuentre en sus correspondientes subsuelos, comprendidos dentro del indicado predio, a que se refieren las propuestas de contrato para la exploración y explotación del petróleo, formuladas por los señores Carlos E. Rodríguez, Jesús Echeverri Duque, Gonzalo Mejía, Pedro Ignacio Escobar y Mauricio Restrepo R., y aceptadas por el Ministerio respectivo, o bien para que se declare a la señora Aarón O. conductora del petróleo que se encuentre en los terrenos objeto de las propuestas de los mencionados señores Rodríguez, Echeverri Duque y Mejía.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, ante quien se presentó la demanda, antes de darle respuesta, propuso las excepciones dilatorias de Ilegitimidad de Personería e Inepta Demanda, en su condición de representante de la entidad demandada; excepciones que, mediante auto proferido el 29 de marzo del presente año, fueron decididas por el expresado Tribunal, así: "Por lo expuesto, el Tribunal Superior, en Sala de Decisión, declara inadmisibles las excepciones dilatorias de ilegitimidad de la personería y de inepta demanda propuestas por el señor Fiscal. En consecuencia se dispone que se le dé en traslado la demanda para su contestación dentro del término de dos días".

Contra esta decisión se alzó el señor Fiscal del Tribunal para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte y a resolver lo que fuere legal se procede, después de haber recibido el asunto la tramitación de rigor.

La ilegitimidad de personería se hace consistir "en que el doctor Martínez Sarmiento no tiene personería para pedir que se declare a su poderdante dueña de los terrenos que constituyen la totalidad del globo denominado "San Gerónimo", según los linderos señalados en la demanda, ni de

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

la totalidad del petróleo del subsuelo", por cuanto el poder que se le confirió —únicamente lo facultó para reclamar la propiedad del subsuelo, especialmente de los petróleos que se encuentran— en los predios o lotes de terreno materia de las propuestas aceptadas por el Ministerio, sobre contratos para exploración y explotación de petróleos, a que se hizo alusión, terrenos que están comprendidos dentro del área del predio de "San Gerónimo de Ariguani", pero que no abarcan la totalidad de éste, resultando, en consecuencia, que el señor doctor Martínez Sarmiento, "ha extralimitado sus facultades de apoderado, ya que pide más de lo que ha querido o pretendido la poderdante".

El Tribunal para declarar inadmisibile la mencionada excepción, razonó así:

"El poder otorgado debidamente y en forma legal por Teodolinda R. Aarón O. a favor del doctor Martínez Sarmiento para que demande a la Nación mediante los trámites de un juicio ordinario sobre la declaratoria de pertenencia del subsuelo en unos predios determinados objeto de unas anteriores propuestas por otras personas (sic) ante el Ministerio de Minas y Petróleos, acredita suficientemente la personería adjetiva del apoderado por cuanto el propósito principal o sea la propiedad del subsuelo ha sido cuestión primordial de la demanda. Si en el libelo se hacen otras consideraciones acerca de este mismo interés, entonces puede ocurrir que el poder no sea bastante, circunstancia que no daría lugar a la ilegitimidad de la personería adjetiva como excepción dilatoria sino a una cualquiera de las causales de nulidad establecidas en el artículo 450 del C. J. Y es que la ilegitimidad de la personería adjetiva es susceptible de excepción dilatoria como también de nulidad, pudiendo mediar razones distintas de tal manera que las razones para sustentar una nulidad no convenga a una excepción dilatoria, es decir que los argumentos empleados para proponer una excepción dilatoria no hagan prosperar ésta aunque bien puede servir para invocar una nulidad".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de rigor, después de referirse al poder otorgado por la señora Aarón O., al doctor Martínez Sarmiento, destacando los precisos términos del mandato a éste conferido, esto es, para que inicie y sostenga en su nombre el juicio ordinario consagrado en el artículo 5º de la ley 160 de 1936, contra la Nación, a fin de obtener declaración, a su favor, de propiedad del subsuelo y especialmente de los petróleos que se encuentran en

los predios delimitados por las Resoluciones respectivas del Ministerio de Minas y Petróleos, mediante las cuales fueron aceptadas las propuestas de contrato para exploración y explotación de petróleos presentadas por los señores Gonzalo Mejía, Carlos E. Rodríguez y otros, "por ser dueña de los citados predios ubicados en el Municipio de Plato los cuales se encuentran dentro del globo de terreno denominado San Gerónimo de Ariguani", cuyos linderos allí se mencionan; y también después de advertir que el citado apoderado, al reclamar la propiedad del suelo y del subsuelo de un predio, distinto a aquel para cuya reclamación se confirió el poder, se excedió en el ejercicio de las facultades otorgadas por el poderdante, incurriendo, consecuentemente, en ilegitimidad de personería adjetiva, termina replicando las argumentaciones del fallador de primera instancia, en los siguientes términos:

"Siendo esto así, no cabe duda alguna de que la excepción de ilegitimidad de personería puede proponerse oportunamente por la parte demandada, como lo ha hecho para el caso el señor Agente del Ministerio Público. Y las razones que puedan existir para proponer dicha excepción pueden ser, en un caso determinado, las mismas que asistieran a la parte demandada para solicitar la nulidad del juicio, con base, precisamente, en esa falta de personería. Pero ello no quiere decir que siempre deban de ser las mismas, porque para el demandado es facultativo proponer dentro del término oportuno la excepción dilatoria o solicitar la declaratoria de nulidad cuando lo considere del caso. Entonces lo que sucede es que, habiéndose declarado infundada la excepción propuesta, el demandado no podría solicitar la declaratoria de nulidad del juicio, con base en las mismas razones que le sirvieron de fundamento para interponer la excepción. Lo anterior no quiere decir que cuando exista una causal de nulidad por ilegitimidad de personería le esté vedado a la parte demandada proponer la excepción perentoria con base en esa falta de personería y tenga, necesariamente, como lo sostiene el H. Tribunal, que acudir a la solicitud de declaratoria de nulidad. Puede ocurrir, como lo dice el H. Tribunal en el auto apelado, "que el poder no sea lo bastante" y entonces se estaría frente al típico caso de ilegitimidad de personería adjetiva de la parte demandante. Pero sería equivocado sostener, como lo ha hecho el Tribunal, que en tal evento, no habría lugar a la ilegitimidad de la personería adjetiva como excepción dilatoria

sino a una cualquiera de las causales de nulidad establecidas en el artículo 450 del C. J.”

Las preinsertas apreciaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil le merecen a la Sala completa aceptación por conformarse a la realidad procesal y a la correcta aplicación de los textos legales que allí se citan. En el caso en estudio, de manifiesto aparece que el apoderado de la señora Aarón O., en su libelo de demanda se extralimitó en los términos del mandato, al solicitar declaración de propiedad de la totalidad de un predio determinado por su nombre y claramente delimitado, cuando el poder solamente lo facultaba para solicitar igual declaración en relación con lotes precisos de terreno, comprendidos dentro del predio de “San Gerónimo de Ariguani” o que hacen parte de éste, resultando por lo mismo patente su falta de personería adjetiva para ello.

Sin embargo se observa que si no tiene poder para proponer acción de propiedad sobre todo el globo de Ariguani, sí lo tiene para promover la demanda sobre los lotes que describe en el libelo. En semejantes circunstancias se pone de relieve que la ilegitimidad de la personería sólo es parcial, o sea en relación con la totalidad del globo. Una declaración en esta forma no perjudica la unidad de la demanda porque de la enumeración de los hechos aparece que el actor alega que es propietario del globo general, condición que estima necesaria para deducir declaración de propiedad sobre los lotes encerrados o contenidos en él.

Es entonces el caso de ver si la excepción de inepta demanda alegada puede producir el resultado de suspenderla en su totalidad.

El excepcionante la formula así:

“**Excepción de inepta demanda.** Consiste en la incongruencia o incompatibilidad, de las peticiones principal y subsidiaria de la demanda a que me vengo refiriendo, así:

“En la petición principal, punto primero, se pide que se declare que la actora es dueña de **todo el petróleo** que se encuentra en dicho subsuelo del predio denominado “San Gerónimo de Ariguani”, pero en la petición subsidiaria la misma actora pide se la considere como condueña de ese mismo petróleo, dentro de una supuesta comunidad con la señora Eglandina Manjarrés viuda de Maya. Se

está, pues, en presencia de dos peticiones que se contradicen en su fondo, como que la acción del propietario es directa y excluyente y la de comunero es para la comunidad en cuyo nombre debe hablar.

“Adolece en esta forma la demanda del defecto o causal indicado en el numeral 1º del artículo 333 del C. J., en relación con el 205 del mismo Código”.

El a quo encará la cuestión desde otro punto de vista, al situar el problema en el artículo 205 del C. J., cuando el excepcionante se fundaba en la incongruencia o incompatibilidad de las acciones principal y subsidiaria, a que se refiere el artículo 209 del mismo Código. Esta misma disposición enseña que pueden proponerse subsidiariamente dos remedios contrarios que no se excluyan por la elección, lo que no ocurre en el caso actual, porque si una persona no es propietaria exclusiva de una cosa, no hay inconveniente de que subsidiariamente compruebe que es propietaria en comunidad con otros; la elección de la primera acción, como es obvio, no excluye la segunda.

En mérito de lo relacionado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales,

#### Resuelve:

1º—Confirmase la providencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 29 de marzo último, en cuanto a la parte que declara inadmisibile o no probada la excepción de inepta-demanda propuesta por el señor Fiscal y en cuanto se dispone que se dé traslado de la demanda para su contestación en el término de dos días; y

2º—Revócase en la parte referente a la excepción de ilegitimidad de personería del apoderado del actor, para, en su lugar, declarar probada la ilegitimidad parcial de la personería del apoderado, doctor, Rafael Martínez Sarmiento, en relación con la súplica primera de la demanda.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Anibal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## I N D I C E

	<u>PÁGS.</u>		<u>PÁGS.</u>
<b>SALA PLENA</b>			
Se abstiene la Corte de decidir acerca de la constitucionalidad del Decreto 163 de 1948, por sustracción de materia.—Fallo dictado sobre la demanda formulada por el doctor Manuel Rodríguez Díaz contra el referido Decreto "por el cual se dictan algunas medidas sobre radiodifusión y telecomunicaciones". Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda .....	1	<b>Reivindicación.</b> —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario seguido por María Larrahondo v. de Lazo contra Dolores Torres v. de Hoyos y otros. Magistrado ponente, doctor Gabriel Rodríguez Ramírez .....	48
<b>Exequibilidad de los Decretos 1285 y 1406 de 1948 sobre convocatoria de Consejos de Guerra Verbales.</b> —Facultades legislativas del Gobierno durante la turbación del orden público.—Fallo dictado acerca de la demanda formulada por el doctor Carlos H. Pareja contra los citados Decretos. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. ....	17	<b>Reivindicación.</b> —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por Mercedes García de Bernal contra Mercedes Cifuentes. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza .....	51
<b>Salvamento de voto de los Magistrados doctores Hernán Salamanca y Ramón Miranda</b> .....	29	<b>Acción reivindicatoria.</b> —Se desecha el recurso de casación instaurado contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali dictada en el juicio ordinario seguido por Faustino Mora contra Ernesto Alvear y otros. Magistrado ponente, doctor Gabriel Rodríguez Ramírez .....	53
<b>Exequibilidad del Parágrafo del artículo 3º de la ley 7ª de 1943, sobre control de arrendamientos.</b> —Demandante, Avelino Manotas. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán .....	32	<b>Acciones de nulidad de un remate, de reivindicación, etc.</b> —Se casa el fallo dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Carlos Edmundo Sandoval contra Ultramares Corporation y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ...	57
<b>SALA DE CASACION CIVIL</b>			
<b>Reivindicación.</b> —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de Mariana Villate contra Bonifacio Rojas y Pedro Pablo López. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza .....	44	<b>Acción petitoria de declaración de un terreno como baldío.</b> —No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario seguido por Otoniel González contra Pedro Santamaría y otros. Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda .....	61
<b>Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda y Alvaro Leal Morales</b> .....	47	<b>Objeciones a una partición.</b> —No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de sucesión de Eudoro Obando. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca .....	65

## PÁGS.

## PÁGS.

**Ejecución de sentencia extranjera.—Divorcio.**

Se resuelve que no es el caso de decidir sobre ejecución en Colombia de la sentencia proferida por el Juez 2º de Primera instancia en lo Civil del Distrito Federal, Estados Unidos de Venezuela, en el juicio de divorcio relativo a Francisco José Alfonso Blanco y Ana Teresa Méndez Rosales. Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales . . . . .

68

**SALA DE CASACION PENAL****Nullidades en el proceso penal.—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que condena a presidio a José Ignacio Cortés Sánchez por doble homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . .**

70

**Diferencias entre robo, extorsión y estafa.—**

Se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Mañizales que condenó a Rubén Orozco a prisión por estafa, y se absuelve al sindicado. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . .

78

**Veredicto del Jurado.—Su alcance.—Homicidio preterintencional. — Interpretación del veredicto.—En el proceso por homicidio seguido contra Eliud Potes, se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, y se absuelve al sindicado. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . .**

87

**El delito de falsedad en casación.—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Antonio José Meza y Próspero Cardona a un año de presidio por el delito de falso testimonio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . .**

92

**Delito de concusión.—Elementos.—Concepto de sueldo.—Facultades del jefe de oficina en relación con su pago.—Influencia de las intenciones del procesado en el llamamiento a juicio.—Noción de falsedad en general. Diferencias entre el delito de falsedad y el uso de un documento falso.—Requisitos de la falsedad documentaria.—Noción de documento público.—Noción de nómina y sus**

**requisitos.—Se llama a responder en juicio al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos comprendidos en el Libro II, Título 3º, Cap. 2º y Título 6º, Cap. 3º del C. P.; en relación con el Libro I, Título 1º y Cap. 3º de la misma obra. Se decreta la detención preventiva del sindicado. Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola . . . . .**

100

**Intervención de funcionarios públicos en la política.— Cuándo tiene carácter delictivo.—**

Se confirma el sobreseimiento definitivo pronunciado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en favor del ex-Juez Penal del Circuito de Soatá, doctor Juan N. Mojica, acusado de intervenir en política. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . .

115

**Improcedencia de la causal 2ª de casación en los juicios en que interviene el Jurado.—Requisitos para que pueda prosperar la causal 5ª.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona que condenó a presidio a Samuel Roza por homicidio. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez . . . . .**

117

**Errónea aplicación de la pena en un delito de robo.—Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a la pena de presidio a René About o René Abot, por el delito de robo. Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre . . . . .**

119

**Obligación de los empleados públicos de concurrir a la oficina.—Casos en que pueden dejar de hacerlo sin cesar en la percepción de sus sueldos.—Se confirma el sobreseimiento definitivo pronunciado en favor del doctor Gonzalo Peláez Cardona por el Tribunal Superior de Medellín, en las diligencias adelantadas contra aquél por falsedad. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez . . . . .**

123

**Se dirime una competencia.—La provocada por el Juzgado 3º Superior de Tunja al Juzgado Superior Militar de la Primera Brigada, para el conocimiento del proceso adelantado**

## PÁGS.

contra Enrique Pinzón Saavedra y otros por los sucesos del 9 de abril en la ciudad de Tunja. Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre ..... 125

**La tesis de la absorción en el delito de lesiones.—Requisitos de la provocación y la legítima defensa.—**No se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil que condenó a Eliseo Moreno a un año de presidio por el delito de lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 130

**Las condenas anteriores como criterio de la peligrosidad y de la reincidencia.—**En el proceso adelantado contra Luis David y Rafael Arturo Guevara, por lesiones personales, se reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué que los condenó a presidio. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 135

**Naturaleza de la providencia regulada por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.—**Procedimiento a seguir para dejar de iniciar una investigación penal.—Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Jorge Zurek Mesa, Víctor M. Espinel Blanco y Carlos González Ruiz, Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, y se ordena investigar la responsabilidad penal por las falsas imputaciones que a ellos se hicieron. Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada ..... 141

**No se repone el auto anterior.—Casos en que un testigo incurre en contradicción.—**Carácter de la nómina como documento.—Se mantiene el auto de 25 de mayo de 1948 (páginas 101 y ss. de este mismo número) por medio del cual se llamó a responder en juicio al doctor Rafael Flórez Camacho, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por los delitos de concusión y falsedad. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 148

**Recurso de hecho.—**Contra la providencia que ordena cesar el procedimiento no procede recurso de casación.—No prospera el recur-

so de hecho interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró improcedente un recurso de casación. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez ..... 160

**Culpa penal.—Sistema del Código Penal en relación con la culpa.—Peculado culposo.—**Se confirma parcialmente el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Pamplona contra el doctor Víctor Ortega Rueda, en su carácter de Juez 2º Penal del Circuito de Cúcuta, por peculado. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 163

**Aberratio ictus.—Nulidades.—**Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que absolvió a Simón o Simeón Ocampo de los cargos de homicidio, abuso de autoridad e inviolabilidad de domicilio. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 167

**Error en la apreciación de las pruebas.—**Términos procesales.—Caducidad.—Se infirma, en la parte relativa al pago de perjuicios, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso contra el Ingeniero doctor José María Sarmiento, por lesiones culposas causadas en un accidente automovilario. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 170

**No se accede a aclarar la sentencia anterior.—**Condenación al pago de perjuicios hecha en abstracto.—No hay lugar a aclarar la sentencia dictada el 22 de noviembre de 1948, en el proceso contra el doctor José María Sarmiento por lesiones culposas. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 176

**Prueba pericial en materia procesal penal.—**No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Hernando González, por lesiones personales. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 178

PÁGS.

PÁGS.

**SALA DE NEGOCIOS GENERALES**

**Autos interlocutorios.—No se repone el auto reclamado.**—No prospera el recurso de súplica interpuesto contra el auto dictado por el Magistrado que decretó la práctica de una prueba pericial en el juicio breve y sumario relativo al aviso de la Texas Petroleum Co. para explorar y explotar petróleos en el globo de terrenos denominado "Pipini", del Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda ..... 185

**Acción de indemnización de perjuicios.—Presunción de culpabilidad.—Compensación de culpas.**—En el juicio ordinario de Lucila Cano v. de Osorno contra el Departamento de Antioquia, se confirma la sentencia absoluta del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 189

**Acción petitoria de dominio de unas tierras.—Diferencia entre prescripción y caducidad.**—En el juicio ordinario seguido por el doctor Víctor M. Royero contra la Nación y la Compañía de Petróleos La Perla de Colombia, se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, y se absuelve a los demandados. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 191

**Efectos de la declaración administrativa de caducidad de un contrato.**—En el juicio ordinario propuesto por el Departamento del Magdalena contra el señor Arcadio Barros, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que absolvió al demandado de los cargos contenidos en la demanda. Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda 201

**Oposición a una propuesta de explotación de petróleos.**—Se declaran infundadas las oposiciones formuladas por Rafael Reyes Elicechea y Angélica Elicechea de Reyes a la propuesta formulada por Arturo Pava del Basto, sobre terrenos ubicados en jurisdicción del Meta, Boyacá y Vichada. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán .. 203

**Influencia del proceso penal en el juicio civil. Casos en que la absolución o el sobreseimiento definitivo proferidos en el primero no impiden el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.**—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por Elvia Ramírez de Caicedo contra la Nación, y se condena a la entidad demandada al pago de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Ramón Miranda ..... 207

**Dirección de una colisión de competencias.** Del incidente de excepciones propuestas dentro del juicio ejecutivo que adelanta la Tesorería de Rentas de Riosucio contra el señor Crisanto Alvarez L., conocerá el Tribunal Administrativo de Caldas y no el Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez ..... 213

**Incidente de liquidación de perjuicios.—Doctrina jurídica sobre error grave.—Tachas y recusaciones.**—En el juicio ordinario de José Virgilio Rodríguez contra la Nación, se revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que decidió las objeciones formuladas a unos peritazgos y ordenó la práctica de un nuevo avalúo. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 216

**Acción de indemnización de perjuicios.**—En el juicio ordinario seguido por Fulgencio Ramírez Pichimata contra la Nación, se revoca la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Bogotá, y se declara probada la excepción de prescripción de la acción intentada. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 236

**Incidente de liquidación de perjuicios.**—Se reduce el monto de los fijados en auto del Tribunal Superior de Medellín a favor del señor José Cárdenas y a cargo de la Nación. Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez .. 242

**Acción petitoria de declaración de dominio particular de un terreno petrolífero.**—En el juicio ordinario seguido por Eglantina Manjarrés v. de Maya contra la Nación, la Richmond Petroleum Co., la Compañía Petrolera

PÁGS.	PÁGS.
de Bogotá y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, se reforma la sentencia del H. Tribunal de Santa Marta, y se declara que la parte actora carece de acción en el juicio. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ....	247
<b>Acción posesoria por ocupación de una zona de terreno por la Nación.</b> —Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales dictada en el juicio posesorio iniciado por Fidel Márquez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles .....	260
<b>Acción ordinaria sobre propiedad de petróleo. Competencia de los Tribunales Superiores para conocer de esta clase de juicios.</b> —Se revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín que declaró su incompetencia para conocer del juicio ordinario iniciado por el Municipio de Sonsón y Ernesto Medina Mallarino contra la Nación, y se declara que debe dictar fallo de fondo. Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez .....	263
<b>Influencia de la demanda en el proceso.</b> —En el juicio ordinario seguido por Trinidad Sánchez contra la Nación, por perjuicios, se confirma la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ....	269
<b>La acción civil por perjuicios y la acción penal según lo establecido en los artículos 11, 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal.</b> —En el juicio ordinario de Esther Gar-	
cia Mejía contra la Nación, se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que ordenó suspender la decisión del negocio hasta tanto se falle un proceso penal. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán .....	282
<b>Acción de indemnización de perjuicios.—Práctica de pruebas en segunda instancia.</b> —No prospera la súplica contra el auto del Magistrado sustanciador que denegó la admisión de unas pruebas, en el incidente de liquidación de los perjuicios debidos por la Nación a Miguel A. González. Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles .....	285
<b>Acción ejecutiva.—Curador ad-litem del ejecutado.</b> —Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá, que negó la admisión de un incidente de nulidad en el juicio ejecutivo seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles .....	286
<b>No se repone la providencia anterior.—Conjuces.</b> —Capacidad del ejecutado para intervenir en el proceso. Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles .....	287
<b>Excepciones de ilegitimidad de la personería adjetiva y de inepta demanda.</b> —Se confirma parcialmente el auto del Tribunal Superior de Santa Marta dictado en el juicio ordinario de Teodolinda R. Aarón contra la Nación, sobre propiedad del terreno denominado "San Gerónimo de Ariguani". Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez .....	289

## FE DE ERRATAS

En la página 175, columna segunda, en la última línea del párrafo que empieza: "a) Infirmar . . .", dice "treinta y nueve, y"; léase "treinta y nueve, la suma allí fijada, y".

# ACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

LXV - BOGOTÁ, COLOMBIA. - DICIEMBRE DE 1948. - ENERO Y FEBRERO DE 1949 - NUMEROS 2068 - 2069

## SALA PLENA

ACUSACION DEL DECRETO 1239 DE 1948 POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBRERVENIENTE. — SE ABSTIENE LA CORTE DE HACER LAS DECLARACIONES Y MEDIDAS POR NO SER ELLAS PROPIAS DE UN FALLO DE EXEQUIBILIDAD O INEXEQUIBILIDAD CONSTITUCIONAL

1.—Al Gobierno corresponde decidir acerca del mandamiento del estado de sitio o de su levantamiento, y como a la Corte no le corresponde sino pronunciarse sobre los actos del Ejecutivo expresados en la forma de Decretos, siguese que la omisión del Gobierno de levantar el estado de sitio no puede ser materia de una decisión de la Sala Plena.

2.—El Decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella, sólo puede ser acusado ante la Corte en acción pública cuando no ha sido firmado por el Presidente y todos los Ministros o no se ha producido sobre él el dictamen del Consejo de Estado. Esta doctrina fue expuesta ya por la Corte en la sentencia de 12 de junio de 1945.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El ciudadano Carlos García Herreros Ó. acusa inconstitucional el Decreto No. 1239 de 1948, el cual se declara turbado el orden público y

en estado de sitio todo el territorio de la República. Pide que consecuentemente a la declaración de inexequibilidad se haga también por la Corte la de estar levantado el estado de sitio a que dicho decreto se refiere, “no por ser inconstitucional en su principio, sino por serlo actualmente”. En apoyo de la demanda razona así: “a) Determina el artículo 121 de la Constitución Nacional que el Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado. b) El Gobierno Nacional dictó el Decreto número 1239 de 1948 en el cual se declara turbado el orden público en todo el territorio del país (adjunto el Decreto). Hoy, tal Decreto, restablecido el orden público, no tiene razón de existir. Es este el motivo por el cual declaro y pido su declaración de inexequibilidad actual. Estimo que como la Corte Suprema de Justicia tiene a su guarda la Constitución Nacional, no puede dejar este hecho, en manos del Ejecutivo, sin pedir las probanzas del caso. Agregó que si esto se dejara en poder del Ejecutivo él tendría, sin el control del Poder Judicial o del Organismo Judicial, la facultad de sostener un estado de sitio hasta que él por sí solo lo estimara conveniente”.

La Corte observa que el artículo 121 de la Cons-

titudin, que da al Gobierno la facultad de declarar turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella, dispone que el Gobierno debe levantar el estado de sitio y declarar restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la perturbación. Sobre la prolongación del estado de sitio, una vez declarado, la Constitución nada distinto establece. Su mantenimiento se halla, por tanto, subordinado al criterio del Ejecutivo respecto a la necesidad de conservarlo, basado en su juicio sobre el estado de perturbación. Por tanto el Gobierno tendrá posiblemente una responsabilidad política, deducible ante el Congreso si lo extiende a más del tiempo indispensable. Pero como a la Corte no le corresponde sino pronunciarse sobre los actos del Ejecutivo expresados en la forma de Decretos, la alegada omisión del Gobierno no puede ser materia de una decisión de la Sala Plena.

Los Decretos de esta clase solo pueden ser acusados ante la Corte en acción pública cuando no han sido firmados por el Presidente y todos los Ministros o no se ha producido sobre ellos el dictamen del Consejo de Estado. Esta doctrina la ha expuesto ya la Corte como puede verse por los siguientes pasajes tomados de la sentencia de 12 de junio de 1945 referente a los decretos extraordinarios 1640 y 1644 de 1944. "Del texto constitucional ahora visto resulta que la declaración de hallarse turbado el orden público y en estado de sitio la Nación la hace el Presidente con la firma de todos los Ministros. De conformidad con el artículo 118 de la Carta, el Gobierno debe además, oír previamente al Consejo de Estado. Son estos los únicos requisitos que han de llenarse para que constitucionalmente pueda hacer el Gobierno la declaración de que se trata. Advirtiéndose que no es necesario que el concepto del Consejo de Estado se haya proferido favorablemente. De este poder, así conferido al Presidente de la República, en

forma tan amplia, pero proporcionada a la responsabilidad que la Constitución le asigna, se fiere que el Decreto por el cual el Presidente sus Ministros declara turbado el orden público no cae, por su naturaleza, bajo el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando no haya sido firmado por todos los ministros o carezca del dictamen del Consejo de Estado". (Gaceta Judicial, Tomo LVIII, páginas siguientes).

En el caso que ahora estudia la Corte el Decreto 1239 de 1948 se ratificó por el 1259, precisamente para hacer constar en el último que se llenaba el requisito constitucional de oír al Consejo de Estado, que aunque consultado inicialmente no conceptó entonces a causa de no haber podido realizarse "por imposibilidad física".

El señor Procurador General de la Nación estima que no debe hacer la Corte las declaraciones solicitadas por el demandante.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, resuelve abstenerse de hacer las declaraciones pedidas, por no ser ellas propias de un fallo de exequibilidad o inexecuibilidad constitucional.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministerio de Justicia e insértese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro Castillo Pineda. — Alejandro Camacho Torre. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Morales. — Angel Martín Vázquez. — Luis Robles. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Eleuterio Serna R. — Domingo Sarasty M. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

**EXEQUIBILIDAD DE LOS DECRETOS 1239 Y 1259 DE 1948. — EXTENSION DE LA FACULTAD CONFERIDA A LA CORTE POR EL ARTICULO 214 DE LA CONSTITUCION. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 122 DE LA CARTA QUE OBLIGA AL GOBIERNO A OIR PREVIAMENTE AL CONSEJO DE ESTADO PARA DECLARAR TURBADO EL ORDEN PUBLICO Y EN ESTADO DE SITIO EL TERRITORIO DE LA REPUBLICA**

1.—Como lo ha dicho la Corte en sentencia de dos de diciembre de 1948, al resolver otra demanda contra el mismo decreto 1239, la jurisdicción conferida a la Corte Suprema por el artículo 214 de nuestra Carta Fundamental se concreta de modo exclusivo a decreto pronunciado y no se extiende a decreto por pronunciar ni al hecho de no haberse dictado decreto en tal o cual sentido, ocasión o día.

2.—Dentro de lo previsible de ordinario, que es como racionalmente deben entenderse los preceptos constitucionales y legales, y en lo civil las estipulaciones de los contratantes, por regla de hermenéutica, preciso es reconocer que el constituyente da por sentado que el Consejo de Estado se halle en la normal capacidad de dictaminar; de suerte que cuando contra esto se yergue una imposibilidad física, la fuerza mayor, hasta absurdo resulta que tal imposibilidad determine también la de amparar al país con la medida en referencia (la de declarar el Gobierno turbado el orden público). Si así hubiera de conceptuarse, el orden público y las instituciones quedarían desamparados por obra de estas mismas, ya que, por ejemplo, en caso de conmoción interior, bastaría a sus promotores apresar o secuestrar a los Consejeros de Estado, y en caso de guerra exterior a elementos desleales a la patria apresurarse a hacerlo. La Constitución no puede entenderse como una negación de sí misma ni su interpretación literal extremarse hasta prescindir de los inallanables estorbos. **AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta y ocho.

Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Pedro Yances Salcedo demanda la declaración de inexequibilidad de los Decretos número 1239 de 10 de abril último, que declara turbado el orden público en la República, y número 1259, de 16 de los mismos, que ratifica aquél.

Los ataca desde dos puntos de vista diferentes y opuestos entre sí, a saber:

a) Como inseparable, como un conjunto cuya constitucionalidad inicial afirma y hasta pide se declare, cual si hubiese demandas de exequibilidad, y que han venido a ser inconstitucionales por no haberse dictado el Decreto de restablecimiento del orden público; y

b) Como separados e independientes, inconstitucionales de suyo porque el uno se dictó sin oír al Consejo de Estado y el otro es ratificación de aquél, es decir, de algo nulo e inexistente que no le da base para tomar fuerza obligatoria.

En distinta demanda de inexequibilidad del Decreto 1239 sobre la cual ha dictado la Corte sentencia con fecha de ayer, el ataque se formula desde el mismo punto de vista indicado para el presente caso en el aparte a), y allí esta superioridad pronunció fallo inhibitorio por las razones que expresa, entre las cuales se realiza la de que la jurisdicción conferida a la Corte Suprema por el artículo 214 de nuestra Carta Fundamental se concreta de modo exclusivo a decreto pronunciado y no se extiende a decreto por pronunciar ni al hecho de no haberse dictado decreto en tal o cual sentido, ocasión o día.

Por tanto, queda por estudiar en el presente proceso lo atañadero al otro punto de vista ya indicado, o sea el resumido en el aparte b).

El Procurador General de la Nación se opone, dando como principal razón que no puede fallarse sobre el primero de esos decretos, sustituido como está por el segundo, y tampoco sobre éste porque no presenta la falla constitucional aludida, siendo así que se dictó con el concepto favorable del Consejo de Estado.

Se considera:

La Constitución en su artículo 121 establece que

en los casos de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, y en su artículo 122 establece que para ello debe el Gobierno previamente oír al Consejo de Estado. De paso se advierte que el concepto de esta entidad no le es obligatorio. (Artículo 141 *ibídem*).

Siendo supremo deber del Gobierno el mantenimiento del orden público, era natural que la Constitución pusiera en sus manos un medio tan eficaz a ese fin como el antedicho, dejando al criterio del Presidente, respaldado por la firma de todos los Ministros, la decisión sobre tan trascendental medida, sin cortapisa y con la sola contingencia de responsabilidad política ulterior cuando aquélla se llegare a tomar sin la guerra exterior o la conmoción interior que la justifiquen. (Artículo 121, inc. 5º).

Dentro de lo previsible de ordinario, que es como racionalmente deben entenderse los preceptos constitucionales y legales, y en lo civil las estipulaciones de los contratantes, por regla de hermenéutica, preciso es reconocer que el constituyente da por sentado que el Consejo de Estado se halle en la normal capacidad de dictaminar; de suerte que cuando contra esto se yergue una imposibilidad física, la fuerza mayor, hasta absurdo resulta que tal imposibilidad determine también la de amparar al país con la medida en referencia. Si así hubiera de conceptuarse, el orden público y las instituciones quedarían desamparados por obra de éstas mismas, ya que, por ejemplo, en caso de conmoción interior, bastaría a sus promotores apresar o secuestrar a los Consejeros de Estado, y en caso de guerra exterior, a elementos desleales a la patria apresurarse a hacerlo. La Constitución no puede entenderse como una negación de sí misma ni su interpretación literal extremarse hasta prescindir de los inallanables estorbos. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

El Gobierno solicitó el dictamen del Consejo de Estado. Los mismos hechos que lo llevaban a declarar turbado el orden público impidieron que esta entidad rindiese inmediato concepto. La gravedad de los acontecimientos forzaba la declaración del estado de sitio en forma inaplazable. Así el Decreto de 10 de abril. Apenas aquellos acontecimientos permitieron físicamente al Consejo de Estado expresar su opinión, lo hizo no sólo dándola en sentido favorable a la declaración del estado de sitio, sino advirtiendo que tal había sido

la situación desde el 9 de abril. De ahí el Decreto del 16 del mismo.

Entre los considerandos del primero de esos Decretos se lee: "Que por comunicado de esta fecha se pidió el dictamen constitucional al H. Consejo de Estado; pero que éste no ha podido reunirse por imposibilidad física, según contestación del Secretario de la entidad". Los considerandos del segundo de dichos decretos son de este tenor: "Que por Decreto número 1239 de 10 de abril de 1948 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

"Que dicho decreto se dictó previa consulta hecha por el Gobierno al Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Nacional;

"Que por circunstancias de hecho, originadas por la misma perturbación del orden público, el Honorable Consejo de Estado no pudo, por fuerza mayor, absolver dicha consulta oportunamente;

"Que con fecha de hoy el Honorable Consejo de Estado ha conceptuado que el 9 de los corrientes existían motivos fundados para declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, motivos que no han desaparecido totalmente.

Los dos decretos forman un todo armónico e indisoluble. Para el primero se llenó el único requisito que exige el artículo 121 de la Constitución que es el de llevar la firma del Presidente y de todos los Ministros, y, además, cumplió el Gobierno el deber de solicitar previamente el dictamen del Consejo de Estado; y en el segundo, habiendo ya podido esta entidad manifestar su opinión, ese requisito no falta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en cumplimiento del deber que le impone el artículo 214 de la Constitución, oído el señor Procurador General de la Nación, declara exequibles los Decretos No. 1239 de 10 de abril de 1948 y No. 1259 de 16 de los mismos meses y año.

Publíquese, notifíquese y comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Pineda. — Ricardo Hinestroza Daza. — Luis Rafael Robles. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty. — Eleuterio Serna. — Manuel José Vargas. — Angel María Vázquez. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ELEVA UNA PARTIDA" (MUNICIPIO DE BUENOS AIRES)**

La reforma constitucional de 1945 introdujo una modificación fundamental a la Constitución vigente en ese entonces, en relación con el fomento de las empresas a que hace referencia el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, no en el sentido de quitar o restringir la facultad del legislador en la expedición de las leyes, sino en el de regularla o condicionarla a la existencia previa de una ley sobre planificación y programación que el mismo Congreso debe formular.

En otros términos, las facultades conferidas por el ordinal 20 del artículo 76 a la rama legislativa, constitucionalmente están subordinadas o condicionadas al establecimiento previo de una ley que contenga los planes y programas que sirven de base o fundamento para el desarrollo y fomento de las obras de que trata la disposición que se comenta.

De esta suerte el proyecto de ley que trate de emprender o continuar una obra de aquellas que se determinen en la ley de planificación o programación, debe llenar todos los requisitos que en ella se establecen, para no incurrir como lo anotó la Comisión Primera de la Cámara en infracción alguna de nuestra Carta, pues la ausencia de tales requisitos conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley, ya que el mandato constitucional es de imperativo cumplimiento, en cuanto dispone que el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo debe hacerse con **ESTRICTA SUJECCION A LOS PLANES Y PROGRAMAS CORRESPONDIENTES** (ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional).

Es evidente como lo anota el Procurador que las obras de fomento municipal y campañas de fomento agrícola a que hace referencia el artículo 2º del Proyecto de Ley "por la cual se eleva una partida" están incluidas dentro de la ley 71 de 1946, pero también, es cierto, que esa misma ley normativa exige el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 2º, 3º y 6º, que

exigen para las empresas agrícolas, concepto de las autoridades departamentales sobre la importancia de ellas, las necesidades a que atenderán, su presupuesto, y una explicación justificativa sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar su efectividad, y en cuanto a sus proyectos de auxilio para obras de fomento municipal deben estar acompañados de los correspondientes certificados expedidos por el Gobernador, y del Ministerio, o por el Jefe del departamento administrativo correspondiente.

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

Claro es que no se trata de resolver sobre la exequibilidad o inexecuibilidad del proyecto en su contenido formal, es decir, sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en su elaboración; únicamente se trata de examinar si el legislador condicionó el proyecto de ley a los requisitos exigidos por la Constitución en relación con los auxilios que se destinan para empresas de aquellas a que hace referencia el artículo 76 en su ordinal 20, porque es precisamente la ausencia de los requisitos determinados por la Constitución los que crean los motivos de inconstitucionalidad. El proyecto será inexecuible, no por estar en desacuerdo o en pugna con el contenido de la ley 71 de 1946 que establece los planes y programas para determinadas empresas, sino por estar en pugna con el ordenamiento del numeral 20 del artículo 76 de

la Constitución, y como se trata de un auxilio que concede la Nación al municipio de Buenos Aires, es lógico que dicha erogación debe hacerse con sujeción estricta a las normas establecidas por el artículo 7º, numeral 20 del Acto Legislativo No. 1º de 1945.

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

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

El Excelentísimo señor Presidente de la República en mensaje dirigido al Congreso Nacional formuló objeciones de inconstitucionalidad al proyecto de ley "por la cual se eleva una partida" por considerar que los artículos 1º y 2º del proyecto no se conforman con los mandatos del artículo 76, numeral 20 de la Constitución Nacional.

El texto del proyecto es el siguiente:

"Artículo 1º — Elévase a veinte mil pesos (\$ 20.000) anuales la partida de que trata el artículo 1º de la ley 67 de 1936. La anterior partida se continuará pagando del Tesoro Nacional al Municipio de Buenos Aires, mientras duren las explotaciones mineras de Aznazú Gold Dredging Ltda., y por cinco años más".

"Artículo 2º—La suma de que trata el artículo anterior se invertirá en obras de fomento municipal y en campañas de fomento agrícola, dando preferencia en este último caso a la compra de tierras laborables, que serán distribuidas entre los agricultores que hayan sufrido o sufran perjuicios con las mencionadas explotaciones mineras".

Las objeciones se concretan así:

"El artículo 1º eleva a veinte mil pesos anuales la partida de que trata el artículo 1º de la ley 67 de 1936. Se trata, por lo tanto, de la ordenación de un gasto del tesoro público sin sujeción a las normas que sobre la materia establece el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Es cierto que el legislador por medio de la ley 71

de 1946 desarrolló el ordinal citado, estableciendo normas de planificación de las empresas de apoyo, y señaló los requisitos que de reunir todo proyecto de ley que persiga el apoyo nacional para dichas obras. La ley 71, por lo tanto, tiene el carácter de una disposición normativa y a ella debe adaptarse el estatuto que trata fijar el apoyo fiscal de la Nación, para empresas obras que se trate de beneficiar o fomentar".

"El artículo 2º del proyecto que comentamos dispone que la suma de que trata el artículo anterior se invertirá en obras de fomento municipal en campañas de fomento agrícola. No aparece, sin embargo, en los antecedentes del proyecto, que hayan cumplido los requisitos que señalan los artículos 2º y 3º de la Ley 71 de 1946, en cuanto a las obras de fomento municipal y campañas agrícolas ya que en estos casos y según lo establece la citada ley, deben presentarse conceptos de las autoridades departamentales sobre importancia de las obras, el presupuesto de ellas, etc. El no cumplimiento de dichos requisitos, implica a nuestro entender una violación del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución ya que el fomento de las empresas útiles sólo puede adelantarse hoy con sujeción a los planes y programas correspondientes, planes y programas que para el caso de las campañas de fomento agrícola y obras de fomento municipal están determinados en la ley 71 de 1946, la cual al mismo tiempo determina en forma expresa las exigencias que deben llenar tales programas".

Tanto la Cámara de Representantes como el Senado de la República declararon infundadas dichas objeciones, y enviado, nuevamente el proyecto al Excelentísimo señor Presidente de la República éste en mensaje de fecha seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, lo remitió a la Corte junto con sus antecedentes, para que se decida sobre su exequibilidad conforme al ordenamiento del artículo 90 de la Constitución Nacional.

#### Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público en concepto de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho expresa:

"Es evidente que al proyecto de ley de que trata no se acompañó ninguno de los documentos que la ley 71 señala. Es cierto también que por tratarse de una ley de fomento de obras municipales y de la agricultura, queda ella comprendida dentro de lo dispuesto por el ordinal mencionado. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas

culo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". De modo que, en primera vista debería alegarse que corresponde al Congreso decretar la inexecutable, y, por tanto, de objeciones a todo el proyecto, decretar su inexecutable".

Por lo tanto, cabe considerar aquí si debe tener efecto la doctrina constante de la H. Corte, consistente en que ella carece de competencia para decidir sobre la voluntad soberana del Cuerpo Legislativo manifestada en forma de ley, se ha ajustado, en cuanto a su expedición, a las disposiciones constitucionales. Ha entendido la Corte que sus facultades en materia de executable no pueden extenderse a declarar que una ley no es ley porque se ha quebrantado en su formación algunas ritualidades, prescritas por la Constitución, pues de otro modo se daría a la Corte Suprema tal suma de poderes que ella invadiría el campo de acción del Congreso. Y aunque estas doctrinas se han expresado en presencia de acusaciones a leyes vigentes y a proyectos de ley, me parece que sus fundamentos conservan su validez cuando sólo de proyectos se trata. En otros términos: los proyectos si mismos pueden contener disposiciones violatorias de la Constitución, y es entonces cuando corresponde a la Corte decidir sobre las objeciones formuladas por el Presidente. Mas no cuando la decisión se refiera a formalidades que han debido cumplirse al presentar o al discutir el proyecto".

Se concluye afirmando que tanto en relación con el fomento municipal como en lo relativo a camisas agrícolas, el proyecto cabe dentro de las empresas o empresas dignas de apoyo enumeradas por la ley planificadora, que es la 71 de 1946; y que en consecuencia el mencionado proyecto debe ser considerado constitucional.

Se considera:

La constitucionalidad o inconstitucionalidad del mencionado proyecto debe resolverse teniendo en cuenta la norma del artículo 76, numeral 20, de la Constitución Nacional que determina:

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

20.—Fomentar las empresas útiles o benéficas, así como las de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

La reforma constitucional de 1945 introdujo una modificación fundamental a la Constitución vigente en ese entonces, en relación con el fomento de las empresas a que hace referencia el numeral 20

del artículo 76 de la Carta, no en el sentido de quitar o retringir la facultad del legislador en la expedición de las leyes, sino en el de regularla o condicionarla a la existencia previa de una ley sobre planificación y programación que el mismo Congreso debe formular.

En otros términos, las facultades conferidas por el ordinal 20 del artículo 76 a la rama legislativa, constitucionalmente están subordinadas o condicionadas al establecimiento previo de una ley que contenga los planes y programas que sirven de base o fundamento para el desarrollo y fomento de las obras de que trata la disposición que se comenta.

Este mismo problema fue objeto de estudio por la Corte en sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la cual se dijo:

"El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas a que debe someterse la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"No puede entenderse, si se consideran los demás numerales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas.

"Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación con conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalamo de esta manera la capacidad realizada del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos trunco o las obras desaconejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

"No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y no, como antes ocurría, a planes o iniciativas particulares de cada obra, fue como lo dice el señor Presidente de la República, "orientar las diversas iniciativas de progreso, en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden". En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la Constitución, que culminó en el año que corre.

"Se ha dicho, para inutilizar la reforma y combatir la interpretación que se ha venido haciendo, que el numeral 4º precitado carece de la significación y fuerza que se le atribuye porque su presencia en la Carta obedece al sistema propuesto por el Gobierno en el proyecto original y no adoptado por el Congreso, de las leyes normativas u orgánicas y de las comunes, entendiendo por aquellas las que son como a manera de una prolongación de la Constitución misma. Es cierto que no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, pero de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnimoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provee a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas.

"No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad

quedó consignada respecto de obras públicas los numerales 4º y 19 de allí.

"Quiso el Congreso, en función de constituir poner fin al sistema o política de los auxilios ordenados e incontrolados, de que se hace un recuerdo en las exposiciones gubernamentales paratorias de la reforma, para someterlos, como el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas

"Dice este numeral que el Congreso tiene la función de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a planes y programas correspondientes". Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no debe ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los decretos y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previamente ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se terminan las condiciones y requisitos que justifican la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir así mismo para fundarse desde el punto de vista de la utilidad y beneficio de su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos. Solamente así puede dársele el carácter de estímulo y apoyo, como es el significado y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Este entendimiento resulta inaceptable a la luz de los principios generales de hermenéutica que desvirtúan la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación constitucional, cuya trascendencia e importancia ya se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el fin del artículo de que por vía indirecta de los auxilios burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. "Sería imposible que se realizara tan excelente propósito—dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propugnó— si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas con dineros de estímulo y apoyo".

"Apenas hay para contradecir el concepto

aceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función esencial de legislar, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas, dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República.

“En esta sentencia se dejó claramente establecido el orden de procedencia que deben tener estas leyes, y que la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia”.

La ley 71 de 1946 dictada en desarrollo del ordinal 20 del artículo 78 de la Constitución Nacional, señala los planes y programas a los cuales se deben condicionar los proyectos de ley para las obras o empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación. Y esta ley como la anunció la Comisión Primera que en la Cámara estudió el proyecto que luego se convirtió en la ley citada “sería una base para que sobre ella pudiera legislarse sin incurrir en **infracción alguna de nuestra Carta**”. (Véase el No. 70 de los Anales del Congreso, correspondientes al viernes 11 de octubre de 1946).

El artículo 1º de la mencionada ley en sus distintos numerales trae una enunciación de las empresas u obras a que hace referencia el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, y en los artículos siguientes, se determinan los requisitos esenciales que deben acompañarse al proyecto respectivo. Así, pues, el proyecto de ley que verse sobre el desarrollo de estas obras debe condicionarse por imperativo de la Constitución a la ley general sobre programación o planificación de dichas empresas, ya que la segunda de estas leyes —como lo ha dicho la Corte— no puede operar sin la primera que es condición de validez y garantía de eficacia.

Y es de notar que este orden de precedencia de ciertas leyes existe no solamente para aquellas a que hacen referencia los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución, sino que también se halla establecido para otros casos similares, así no es extraño el hecho de que la expedición de una ley esté constitucionalmente condicionada a la existencia y requisitos de otra.

El artículo 210 dice:

“Es prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras. . . . 5º—Decretar a favor de ninguna persona o entidad, gratificaciones, indemnizaciones,

pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18”.

De manera que el mismo constituyente por voluntad expresa condicionó el ejercicio de algunas facultades del legislador a la existencia previa de una ley que contenga normas reguladoras a las cuales deben subordinarse las leyes que las desarrollan y entre esas se encuentran las de los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución referente a la existencia previa de una ley que contenga los planes y programas de las obras públicas o empresas que hayan de emprenderse o continuarse.

De esta suerte el proyecto de ley que trate de emprender o continuar una obra de aquellas que se determinan en la ley de planificación o programación, debe llenar todos los requisitos que en ella se establecen, para no incurrir como lo anotó la Comisión Primera de la Cámara en infracción alguna de nuestra Carta, pues la ausencia de tales requisitos conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley, ya que el mandato constitucional es de imperativo cumplimiento, en cuanto dispone que el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo debe hacerse con **estricta sujeción a los planes y programas correspondientes** (ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional).

Es evidente como lo anota el Procurador que las obras de fomento municipal y campañas de fomento agrícola a que hace referencia el artículo 2º del proyecto de ley “por la cual se eleva una partida” están incluídas dentro de la ley 71 de 1946, pero también es cierto que esa misma ley normativa exige el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 2º, 3º y 6º, que exigen para las empresas agrícolas, concepto de las autoridades departamentales sobre la importancia de ellas, las necesidades a que atenderán, su presupuesto, y una explicación justificativa sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar su efectividad, y en cuanto a los proyectos de auxilio para obras de fomento municipal deben estar acompañados de los correspondientes certificados expedidos por el Gobernador, y del Ministerio, o por el jefe del departamento administrativo correspondientes.

Como en los antecedentes del proyecto y en la documentación enviada a la Corte, no hay constancia de que se hubiera cumplido con dichas exigencias, la ausencia de estos requisitos esenciales entraña una violación del ordinal 20 del artículo

76 de la Carta, ya que por mandato expreso del mismo Constituyente, las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo no pueden adelantarse hoy, sino con sujeción estricta a los planes y programas correspondientes, planes y programas que para el caso de estudio del proyecto están determinados en la ley 71 de 1946.

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

Si la facultad del legislador en la elaboración de estos proyectos de ley no estuviera condicionada —como lo ha sostenido la Corte— a la estricta

sujeción a los planes y programas correspondientes, la reforma constitucional no tendría ningún objeto y serían inoperantes las objeciones que en adelante se hagan a los proyectos de ley que no cumplan o llenen los requisitos del ordinal 20, artículo 76 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, oído el concepto del Procurador General de la Nación, en desacuerdo con él, declara inexecuibles los artículos 1º y 2º del Proyecto de ley "por la cual se eleva una partida", proyecto que el Excelentísimo señor Presidente de la República devolvió a las Cámaras con mensaje de objeciones fechado el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y que el actual Jefe del Estado remitió a la Corte el seis de diciembre del mismo año para efectos del artículo 90 de la Constitución.

Publíquese, notifíquese, dése cuenta al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional.

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

**DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º (ORDINAL C) Y 6º DEL DECRETO LEGISLATIVO 1813 DE 1944 POR EL CUAL SE DICTARON ALGUNAS DISPOSICIONES "PARA ATENDER EFICIENTEMENTE AL ESTADO DE GUERRA EN QUE SE HALLA EL PAIS CON ALEMANIA"**

**Ha sido constante jurisprudencia de la Corte la de inhibirse de conocer de las demandas de inexecutableidad cuando ellas recaen sobre leyes o decretos no vigentes, salvo el caso de que se trate de decretos legislativos, cuando la acusación se haya hecho dentro de su vigencia.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte, en demanda presentada el 26 de noviembre de 1947, que declare inexecutable por inconstitucionales, el ordinal c) del artículo 1º y el artículo 6º del Decreto extraordinario de carácter legislativo No. 1813 de 1944, dictado por el Gobierno Nacional con fecha 31 de julio de dicho año "en uso de sus facultades legales y de las extraordinarias que le confiere el artículo 117 de la actual Codificación Constitucional" (hoy 121), y en consideración al hecho de requerir una libertad de acción "para atender eficientemente al estado de guerra en que se halla el país con Alemania"; decreto que aparece publicado en el No. 25.614 del Diario Oficial.

Los textos demandados dicen:

"Artículo 1º—Mientras dure el estado de guerra con Alemania, el Gobierno podrá tomar las medidas que a continuación se indican:

.....

c) Decretar, asimismo, los retiros que encuentre necesarios en el personal civil o militar del servicio activo de las fuerzas de tierra, aire y mar.

.....

"Artículo 6º—Las disposiciones que se dicten y los contratos que se celebren en desarrollo de este decreto no son revisables por el Consejo de Estado".

El demandante considera que las disposiciones transcritas violan los artículos 2º, 12, 16, 22, 23, 24, 26, 69 (ordinal 1º), 115 (ordinal 2º), 117, 118, 137,

166 y 169 de la Constitución Nacional, los cuales, a raíz de la reforma del Acto Legislativo número 1º de 1945, corresponden a los números 2º, 16, 20, 26, 27, 28, 30, 76, 120, 121, 122, 141, 166 y 169.

Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación, este funcionario, en vista de 11 de diciembre de 1947, expresó:

"Anticipándose el doctor Rueda Uribe a la natural observación de que es doctrina constante de la Honorable Corte no fallar sobre leyes o decretos que ya no se hallan en vigencia, afirma que "no se ha firmado tratado de paz con Alemania ni hay noticia oficial de que hubiese cesado el estado de guerra con aquel país". El Procurador rectifica tal afirmación: el Gobierno Nacional dictó con fecha 1º de septiembre de 1945 el decreto número 2161 "por el cual se celebra el advenimiento de la paz en el mundo" y el Congreso del mismo año reglamentó por medio de la ley 39 el modo como deberían cubrirse con bienes alemanes las indemnizaciones de guerra.

"De modo que, tanto porque así lo dispone el artículo 121 de la Constitución, como porque el propio decreto acusado, en parte advirtió que sus disposiciones serían aplicables solamente "mientras dure el estado de guerra con Alemania", es evidente que dicho decreto dejó de regir desde 1945, y en consecuencia, no hay lugar a que la Corte Suprema se pronuncie sobre su constitucionalidad, ya que la única excepción a la doctrina antes citada se refiere tan solo a los casos en que la demanda de inexecutableidad haya sido presentada dentro de la vigencia del Decreto que se acusa y cuando éste tiene su base en las facultades que la Constitución le da al Presidente de la República con motivo de guerra exterior o de conmoción interna.

"Por lo expuesto, os pido que declaréis que no hay lugar a fallar sobre la inconstitucionalidad demandada por el doctor Rueda Uribe".

Y posteriormente, en vista de 24 de enero de 1948, agregó:

"Ya se ha dicho que cuando el Gobierno dictó el decreto que se acusa estaba investido de las facultades que surgen del estado de sitio, el cual había sido decretado por medio del decreto número 1632 del 10 de julio de 1944. El considerando que hace alusión al estado de guerra con Alema-

nia hizo creer al demandante que el decreto se dictaba con fundamento en la guerra exterior, cuando en realidad se obraba en virtud de la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior; de ahí que el encabezamiento expresara: "El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales y de las extraordinarias que le confiere el artículo 117 de la actual Codificación Constitucional....". No hay lugar a presumir que el Gobierno pensara que el simple estado de guerra con Alemania le confería facultades, sin la previa declaración del estado de sitio, mucho menos si se tiene en cuenta que unas semanas antes nada más, había decretado el estado de sitio, por conmoción interna, precisamente con la finalidad de quedar investido de las facultades que le confiere el artículo 117 de la Constitución".

La Corte está en un todo de acuerdo con el autorizado concepto de su colaborador, por cuanto efectivamente ha sido constante su jurisprudencia de inhibirse de conocer de las demandas de inexecutable cuando ellas recaen sobre leyes o decretos no vigentes, salvo el caso de que se trate de decretos legislativos, cuando la acusación se haya hecho dentro de su vigencia, circunstancia que aquí no se presenta.

La Corte, Sala Plena, al resolver un problema similar al que hoy se estudia, en sentencia de 12 de julio de 1945, dijo:

"Sin embargo, es conveniente consignar aquí unas breves consideraciones respecto a la incompetencia de la Corte para fallar demandas de inexecutable referentes a decretos extraordinarios de la clase de los que se mencionan, cuando el pronunciamiento o decisión se produce después de levantado el estado de sitio. Pues siendo una regla general y constante en la jurisprudencia de la misma Corte, la de que tales fallos no pueden recaer sobre leyes o decretos cuya vigencia ha desaparecido, por derogación de la norma o por haber ya operado, consumándose, los actos contemplados como finalidad de la ley o el decreto, o agotándose, por decirlo así, su contenido, pudiera acaso entenderse que no es posible jurídicamente articular un fallo de la Corte sobre un decreto expedido durante el estado de sitio, y que por mandato de la Constitución deja de regir al restablecerse la normalidad.

Se observa que este género de disposiciones del Gobierno queda evidentemente sin vigor al levantarse el estado de sitio, por lo cual es también claro que después de producido ese hecho, no po-

dría prosperar el conocimiento por la Corte de demandas referentes a esta clase de decretos, por haber dejado de regir. Mas no se ve por qué no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público estaba alterado y en estado de sitio la República.

El Constituyente quiere que la Corte decida acerca de la constitucionalidad de esos actos, y para que la finalidad buscada por él se realice, hay que entender y admitir que la decisión de la Corte puede venir posteriormente a la fecha en que se levanta el estado de sitio, pues el decreto bien puede expedirse con una antelación tan corta respecto a ese hecho de la terminación de la anomalía, que el conocimiento, trámite y sentencia serían físicamente imposibles en el corto espacio anterior a tal hecho, lo que indica que en el espíritu de la Constitución está el que pueda la Corte pronunciarse aun después de que se ha declarado restablecido el orden público, para que se pueda cumplir el propósito de tutela constitucional que consagra el precepto a que se ha hecho mención. Solamente, se repite, que la demanda debe proponerse cuando está en vigencia el estado de sitio".

Como este último requisito no se llena en el caso sometido ahora a la Corte, según ha quedado visto, es obvia la sustracción de materia para decidir sobre él.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación, se abstiene de decidir de la demanda de inexecutable, presentada por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe contra el ordinal c) del artículo 1º y el artículo 6º del decreto extraordinario de carácter legislativo No. 1813 de 1944.

Cópiese, notifíquese al señor Procurador General de la Nación, dése aviso al señor Ministro de Guerra y publíquese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Luis Rafael Robles. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DECRETA UNA CONTRIBUCION ECONOMICA PARA UN ESTABLECIMIENTO DE ENSEÑANZA". — INTERPRETACION DEL ARTICULO 76, NUMERAL 20 DE LA CARTA**

1.—En el orden del tiempo, de acuerdo con la disposición del artículo 76, numeral 20 de la Constitución, están primero los planes y programas. Empresa encauzada dentro de determinado orden, con mira a la realización de un fin útil o benéfico, es empresa que obedece a un plan. Pero la Carta no se contenta con un plan simplemente ideal o subjetivo. Exige el programa (del griego "programma") que etimológicamente significa declaración escrita de lo que se quiere realizar.

En eso de la adopción de planes y programas es persistente el autor de la Carta de 1945. Así lo exige no solamente en el numeral 20 acotado. Lo exige para que el Congreso pueda decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse. Esto, después de haber estatuido en el 4º de los numerales del mismo artículo 76, que en el ejercicio de su función legislativa el Congreso tiene la facultad de "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

La disposición general contenida en el numeral 4º que se acaba de transcribir podría también verse a estos términos: el Congreso puede auxiliar y proteger con fondos del Erario Público todo aquello que redunde en beneficio, utilidad o enriquecimiento del país, pero ha de hacerlo de manera ordenada y metódica (plan) y previa declaración escrita (programa) de lo que se propone realizar.

2.—Anhelante el legislador de que el precepto contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución tuviera una eficaz aplicación, procuró en la ley 71 de 1946 traducir a fórmulas concretas el espíritu que guió al Constituyente al consignar en la Carta de

1945 aquel canon innovador. Y como la jurisdicción constitucional no se ha pronunciado en contra de lo que el legislador de 1946 llamó DESARROLLO del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, se impone la conclusión de que, hoy por hoy, cuantas veces quiera usar el Congreso de su prerrogativa de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, tendrá que consultar la norma que el mismo Congreso se trazó como un acto de acatamiento a la voluntad suprema del Constituyente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, febrero quince de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado)

Por considerar el Jefe del Estado que el proyecto de ley "por la cual se decreta una contribución económica para un establecimiento de enseñanza", no se ajusta al mandato contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, lo objetó devolviéndolo a la H. Cámara de Representantes, que fue donde tuvo su origen.

Ninguna de las Cámaras halló fundadas las objeciones. El señor Presidente en esa virtud le ha remitido el proyecto a la Corte junto con sus antecedentes, para que esta entidad en pleno, y en ejercicio de la atribución que le otorga el artículo 90 de la Carta, decida sobre la exequibilidad de tal proyecto.

El señor Procurador —a quien se oyó como lo dispone el artículo 30 del C. Judicial— conceptúa que la Corte debe abstenerse de declarar la inexequibilidad. El reparo del señor Procurador ocupará la atención de la Sala, la cual, en lo demás, verificará la acomodación a las normas constitucionales del proyecto objetado.

La contribución económica

El proyecto no consta sino de dos disposiciones, cuyo tenor literal es como sigue:

“Artículo 1º—La Nación contribuirá con la cantidad de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) anuales, para el ensanche de los servicios didácticos y mejor dotación del Instituto de Tecnología del Atlántico, que funciona en la ciudad de Barranquilla.

“Parágrafo.—Esta suma se incluirá, necesariamente, en las respectivas leyes de apropiaciones de la próxima y siguientes vigencias fiscales.

“En caso de que así no se hiciere, queda autorizado el Gobierno para abrir los créditos que sean necesarios para darle estricto cumplimiento a esta ley.

“Artículo 2º—Esta ley regirá desde su sanción”.

Correspondióle la iniciativa de este proyecto al H. Representante Elías Moisés, a quien luego acompañó en su presentación en la Cámara Baja el H. Representante José de J. Navarra. Aquel formuló la siguiente exposición de motivos:

“Porque la Universidad del Atlántico ha venido llenando en esa sección de la República las mismas finalidades docentes que en otras del país llenan las que en ellas existen, y porque a pesar de esto se le ha olvidado en la distribución que de los dineros públicos se hace para auxiliar los establecimientos de su índole, me permito presentar a vuestra consideración el adjunto proyecto de ley, por medio del cual se decreta una contribución económica para un establecimiento de enseñanza.

“A nada distinto de situar en un mismo pie de igualdad a la Universidad del Atlántico, respecto de las demás del país, creando para ella el mismo derecho de que las otras disfrutan, tiende el proyecto aludido, sobre el cual creo inoficioso abundar en razones distintas para hacerlo acreedor a la venia de vuestros votos.

“Quienes conocen la Universidad mencionada y saben las elevadas funciones que para la cultura patria ha desarrollado en el país y el aporte que a la capacitación intelectual y a la enseñanza profesional ha prestado, y lo que ella significa como recurso eficaz y propicio para quienes no están en la posibilidad económica de educarse en universidades distintas, el Proyecto de la referencia, no puede tener objeción alguna, ya que su aprobación traduciría apenas el reconocimiento de un derecho que el legislador no debe olvidar,

“Por las razones expuestas someto a vuestro estudio y consideración el proyecto mencionado, con la plena seguridad de que en todos y cada uno de los debates reglamentarios merecerá vuestra aprobación”.

Como puede advertirse, la exposición de motivos del proyecto no hace alusión a documento alguno presentado en sustentación de esa iniciativa parlamentaria.

Marcado el proyecto con el número 137, le fue repartido al H. Representante Rafael Lugo Porras, quien después de unas breves consideraciones sobre la utilidad que para el Departamento del Atlántico representa “la Institución Politécnica del Caribe (Universidad del Atlántico), establecimiento de reciente fundación” y de exaltar la necesidad “de inyectarle sabiduría económica” (sic), termina proponiéndole a la Comisión Quinta Constitucional de la H. Cámara que se le dé primer debate al proyecto de ley “por la cual se decreta una contribución económica para un establecimiento de enseñanza”.

Tampoco hace alusión el ponente a documento alguno que pudiera reputarse como plan o programa regulador del establecimiento que con tal proyecto habría de resultar favorecido.

La Presidencia de la Comisión Quinta designó al H. Representante Joaquín Emilio Jaramillo como ponente coordinador e informante para pedir el segundo debate. En desempeño de su cometido el Representante últimamente nombrado rindió el informe visible al folio 18, proponiendo un pliego de modificaciones.

De la lectura del informe se deduce que el informante señor Jaramillo tampoco tuvo a la vista ningún documento que pudiera calificarse de plan o programa fundamental del proyecto. Deja traslucir, por el contrario, que la falta de ese requisito lo dejaba expuesto a fracasar por su inconformidad con las prescripciones de la ley 71 de 1946.

Se expresa así el H. Representante Jaramillo:

“Seré brevísimo en este informe para poder cumplir la misión que me confiasteis, de informar sobre el proyecto cuyo título se acaba de expresar, con el perentorio término de 24 horas.

“No conviene fundar el derecho al auxilio en la ley de 1928 por referirse ésta a los planteles de enseñanza secundaria, pues o lo haría inoperante o desvirtuaría los fines didácticos del importante establecimiento a que se refiere el proyecto.

“Tampoco debe hablarse del Instituto Politécnico del Caribe ni de Universidad del Atlántico porque ninguno de tales nombres corresponde legalmente al plantel. El auxilio debe asignarse al Instituto Tecnológico del Atlántico, por ser el título que actualmente lleva. Así se evitará que los organismos de control se opongan al pago del auxilio.

“Con la redacción que le he dado a la modifica-

ción respectiva se evita que las prescripciones de la ley 71 de 1946 alcancen al auxilio que se destina al Instituto Tecnológico, pues mientras ésta se refiere al ensanche del servicio docente y a su mejor dotación, aquellas se aplican exclusivamente a la construcción y ensanche de edificios y al sostenimiento de los institutos”.

Atendidas por la Cámara las observaciones del Representante Jaramillo, el proyecto quedó sustituido por el que aparece al folio 8 del expediente. La contribución económica de cincuenta mil pesos anuales ya no fue para la Universidad del Atlántico, sino para el Instituto de Tecnología del Atlántico que funciona en la ciudad de Barranquilla. Si en el proyecto primitivo se habló de “gastos de sostenimiento, dotación, equipo, construcción y demás inherentes al normal funcionamiento de la Universidad del Atlántico”, en el proyecto adoptado se suprimió lo relativo a equipo y construcción, y el auxilio aparece dedicado al ensanche de los servicios didácticos y mejor dotación del Instituto de Tecnología del Atlántico.

Así fue aprobado, y así pasó al H. Senado, en donde, sin ninguna otra modificación, pasó por los debates reglamentarios.

En la Cámara Alta le tocó actuar como ponente ante la correspondiente Comisión al H. Senador Pablo E. Gutiérrez. Conviene destacar de la ponencia redactada por ese Senador, los siguientes apartes:

“He tenido a la vista una especie de Informe del Rector del Instituto Tecnológico de Barranquilla, doctor Rafael Tovar Ariza, en que se hace un recuento de las labores desarrolladas en el plantel que dirige, las dependencias de éste, la seriedad, extensión e intensidad de los estudios en cada especialización, los tropiezos que ha tenido y las vastas proyecciones para el futuro. Y, ciertamente al considerar lo que se ha hecho, lo que se está haciendo y lo que proyectan realizar, es de asombrarse que una Institución de esta categoría no esté recibiendo una buena contribución anual de parte del Estado para su estímulo, dotación y mejora. No solamente por la trascendencia que de suyo tiene un Instituto Técnico, sino también por estar radicado en una ciudad que como Barranquilla es un emporio industrial, un centro de riquísimo comercio y un puerto de primer orden.

“Pero el Ministerio de Educación no ha sido indiferente al Instituto de Tecnología de Barranquilla y está satisfecho de su labor y convencido de su importancia, puesto que le había venido asignando una buena partida anual como auxilio, y si

últimamente la ha suprimido, no ha sido porque el Instituto Tecnológico hubiese venido a menos, sino por no haber ley expresa que lo autorizara. Lo que llevó a los representantes del Atlántico a presentar el respectivo proyecto de ley, que ya recibió su aprobación en la H. Cámara de Representantes”.

A los folios 14 al 16 aparece agregada una copia en carbón del oficio No. 246 de la Rectoría de la Universidad del Atlántico, en la cual le dice el doctor Rafael Tovar Ariza, Rector, al señor Gobernador del Departamento:

“He sido informado de que cursa en el Congreso actualmente reunido un proyecto de ley por el cual se grava anualmente a todos los profesionales graduados en universidades colombianas con la suma de \$ 120.00; y, a los graduados en universidades extranjeras con la cantidad de \$ 240.00. Estos fondos se destinarán al fomento de la institución universitaria”.

En el cuerpo de la nota en referencia se habla de las dependencias de la Universidad: Facultad de Ingeniería Química, de Química y Farmacia; Escuela de Bellas Artes; Escuela Industrial; Instituto de Fisiografía Inorgánica y Orgánica con Museo anexo de Historia Natural; Instituto de Investigación Etnológica con museo de Arqueología.

Habla del proyecto de fundación de “una cuarta Facultad que podrá ser de Agronomía o de Veterinaria o quizá mixta de ambas; o bien de Geología u otra por el estilo, es decir, de carácter técnico”.

En seguida anota que “está en construcción el edificio central de la Universidad, el que no se ha podido impulsar por la difícil crisis económica que se padece, todo lo cual se remediaría si se asigna a la Universidad del Atlántico el diez por ciento del impuesto antedicho o al menos el ocho por ciento del mismo”.

Este es el único documento que en el expediente enviado a la Corte dice relación al proyecto.

#### La objeción del Ejecutivo

“Revisados cuidadosamente los antecedentes del proyecto en estudio —dice el señor Presidente de la República en su mensaje de objeciones de 26 de agosto de 1948 (folio 24)— aparece que no se han presentado los documentos ni cumplido los requisitos que enumera el ordinal b) del artículo 3º de la ley 71 de 1946. El no cumplimiento de dichos requisitos, implica como lo ha sostenido en repetidas providencias nuestra Corte Suprema de Justicia, una violación consecencial del artículo 76 de la Constitución, en sus ordinales 4º, 19 y 20”.

Y en apoyo de sus puntos de vista el señor Presidente invoca la sentencia del 14 de diciembre de 1945, pronunciada por esta misma Corte, en cuanto dice:

“Aunque no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, de ahí no se deuce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y prevé la ejecución de una de las comprendidas en el planeamiento legislativo, es incuestionable que están sometidas ineludiblemente a un orden de procedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera y que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución exige para legislar en materia de obras públicas. No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma adicional que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada con respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19. Quiso el Congreso en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias a la reforma para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptados también en planes y programas”.

#### La opinión del señor Procurador

Empieza el señor Procurador General por anotar “que en el expediente aparece un certificado expedido por el Secretario de la Comisión Quinta Constitucional Permanente de la H. Cámara, en el que se afirma que al Proyecto se había acompañado toda la documentación exigida por la ley 71 de 1946, y que ella se quemó en el incendio del 9 de abril”. Observa el señor Procurador: “Parece indiscutible que tal certificación no equivale a los documentos que han debido presentarse de nuevo”.

La vista, en lo demás, se reduce a reproducir el concepto que la Procuraduría emitió con ocasión

del debate de objeciones a que dio lugar el proyecto de ley “por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario”.

Como pertinente para el caso que aquí se estudia, se reproducen los siguientes acápites de la vista del señor Procurador:

“Observa el señor Presidente que al proyecto no se acompañó ninguno de los documentos exigidos por la ley 71 de 1946 la cual enumeró las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo a que se refiere el artículo 76 (ordinales 4º y 20) de la Constitución Nacional y determinó los documentos que deben acompañarse al proyecto de ley respectivo. Estima el señor Presidente que el proyecto es inconstitucional por no haberse sometido en su presentación a las exigencias del citado numeral 20.

“.....

“Como el numeral 20 ya citado da al Congreso la facultad de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo “con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”, que compete al legislador expedir conforme al numeral 4º, a primera vista podría decirse que el proyecto objetado es ciertamente inconstitucional.

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

constituyente aceptó la doctrina de la Corte y no quiso hacer modificación al respecto.

"Y como en el texto mismo de las disposiciones del proyecto objetado no existe disposición alguna que contrarie las de la Constitución Nacional, soy de concepto de que debéis absteneros de declarar la inexecutable demandada en oportunidad por el señor Presidente de la República".

La Corte considera:

Como queda apuntado ya, en una y otra Cámara sufrió el proyecto la tramitación que es de rigor de acuerdo con la enmienda de 1945, y el Congreso expresó su voluntad de que tal proyecto fuera convertido en ley de la República. Así las cosas sólo le falta para tener la preeminencia de ley, la sanción del Ejecutivo, ordenada en el artículo 85 de la Carta.

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

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

La tacha que el Ejecutivo le opone al Proyecto mana de estos dos postulados:

1º—Del fuero del Congreso es el fomentar empresas útiles dignas de estímulo y apoyo, invaluable prerrogativa que capacita al Cuerpo Soberano para impulsar el progreso nacional.

2º—El Congreso puede ejercer atribución con conocimiento previo de los planes y programas adoptados para el desarrollo de tales empresas, medida de sabia previsión para que no se desajusten los recursos del erario en empresas inútiles o irrealizables.

A primera vista esos postulados del Ejecutivo están ceñidos a la letra de la disposición contenida en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución que al señalar las atribuciones del Congreso, dice:

"20.—Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

En el orden del tiempo, de acuerdo con esa disposición, están primero los planes y programas.

Empresa encauzada dentro de determinado orden, con mira a la realización de un fin útil o benéfico, es empresa que obedece a un plan. Pero la Carta no se contenta con un plan simplemente ideal o subjetivo. Exige el programa (del griego "programma") que etimológicamente significa declaración escrita de lo que se quiere realizar.

En eso de la adopción de planes y programas es persistente el autor de la Carta de 1945. Así lo exige no solamente en el numeral 20 acotado. Lo exige para que el Congreso pueda decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse. Esto, después de haber estatuido en el 4º de los numerales del mismo artículo 76, que en el ejercicio de su función legislativa el Congreso tiene la facultad de "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

La disposición general contenida en el numeral 4º que se acaba de transcribir podría también verse a estos términos: el Congreso puede auxiliar y proteger con fondos del Erario Público todo aquello que redunde en beneficio, utilidad o enriquecimiento del país, pero ha de hacerlo de manera ordenada y metódica (plan) y previa declaración escrita (programa) de lo que se propone realizar.

En estas fórmulas cristalizó el Constituyente de 1945 la aspiración, que desde tiempo atrás venía manifestando la opinión pública, de que se pusiera coto al derroche de los fondos públicos, aspiración de que se hizo vocera, y muy destacada, la misión de técnicos financieros traídos al país en el año de 1923, y de cuya realización fue un primer esbozo la ley 95 de 1923, como lo dijo el Ministro de Gobierno en 1944 al anunciar la promoción de la Reforma Constitucional, que, adoptada al siguiente año, es la que hoy rige en Colombia.

Preciso era que el legislador procurara armonizar la facultad soberana de fomentar empresas necesarias para el progreso nacional, con la restricción impuesta por el Constituyente de 1945. A eso obedeció la expedición de la ley 71 de 1946. El propósito perseguido con esa ley es el que se acaba de anotar; y lo hace resaltar el preámbulo que la encabeza, y que es de este tenor: "ley por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional".

Anhelante el legislador de que el precepto contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución tuviera una eficaz aplicación, procuró en

la ley 71 traducir a fórmulas concretas el espíritu que guió al Constituyente al consignar en la Carta de 1945 aquel canon innovador. Y como la Jurisdicción Constitucional no se ha pronunciado en contra de lo que el legislador de 1946 llamó desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, se impone la conclusión de que, hoy por hoy, cuantas veces quiera usar el Congreso de su prerrogativa de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, tendrá que consultar la norma que el mismo Congreso se trazó como un acto de acatamiento a la voluntad suprema del Constituyente.

A esa ley —dictada precisamente en desarrollo de la Constitución— se ha atendido el señor Presidente de la República al formular sus objeciones. Hace hincapié sobre lo dispuesto en el ordinal b) del artículo 3º, que dice cuáles son los documentos que debe tener en cuenta el dispensador de auxilios a empresas útiles o benéficas, cuando bajo este moté se cobijan establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial y artística.

Ya se vio que al Instituto de Tecnología del Atlántico que el proyecto quiere favorecer se le atribuyen esas finalidades. Pero también se anotó, con vista en el expediente que a la Corte se ha enviado, que en el proceso parlamentario se hizo notar la falta de todo elemento que pudiera equivaler a un plan o a un programa de desarrollo de la institución.

El señor Procurador es de parecer que la certificación visible al folio 26 del expediente no equivale a los documentos justificativos del auxilio, los cuales, en concepto de ese funcionario, "han debido presentarse de nuevo".

El certificado sobre la destrucción de la documentación correspondiente al proyecto de ley en cuestión, lo da el Secretario de la Comisión Quinta Constitucional de la Cámara de Representantes, no el Secretario de la Corporación. Y aparece expedido con posterioridad a la fecha en que el señor

Presidente de la República formuló sus objeciones.

Si en verdad al proyecto "se había acompañado íntegramente la documentación que exige la ley 71 de 1946", es inexplicable que de la voracidad de las llamas apenas se hubiera librado el expediente que aquí se ha venido examinando.

Esa trivial observación le resta en realidad la fuerza que en otras circunstancias pudiera tener la certificación del Secretario de la Comisión Quinta Constitucional de la Cámara.

Síntesis de todo lo expuesto es lo siguiente:

No está acreditado el lleno del requisito de la previa planificación de las empresas y obras que el proyecto quiere auxiliar como dignas de apoyo y estímulo por parte de la Nación, innovación de nuestro derecho público y de nuestra organización administrativa, que la Corte no puede desconocer y que debe hacer respetar.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que las objeciones del señor Presidente están ceñidas al espíritu de la Constitución.

En esa virtud, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, declara INEXEQUIBLES los artículos 1º y 2º del proyecto de ley "por la cual se decreta una contribución económica para el establecimiento de enseñanza".

Comuníquese al Excelentísimo señor Presidente de la República, a los señores Presidentes del H. Senado y de la H. Cámara de Representantes publíquese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Belisario Agudelo. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Díaz. — Alvaro Leal Morales. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serrano. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vázquez. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 3º DEL PROYECTO DE LEY (1948) "POR LA CUAL SE NACIONALIZA LA ESCUELA SUPERIOR DE SABANALARGA". — EXPLICACION DEL ARTICULO 76, NUMERAL 19 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.— FACULTAD DEL CONGRESO PARA DECRETAR O SUBVENCIONAR OBRAS PUBLICAS Y BENEFICAS. — DIFERENTES HIPOTESIS QUE PUEDEN DARSE Y REQUISITOS QUE DEBEN LLENARSE EN CADA UNA**

La Constitución Nacional, al determinar en su artículo 76 las atribuciones del Congreso, ya en relación con las obras públicas que atañen directamente a la Nación, ya en lo tocante a empresas útiles o benéficas, dispuso en cuanto a las primeras que incumbe al Congreso decretar las que han de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas acordados; y en cuanto a las segundas, las que no son de la directa ejecución del Estado por ser del resorte de otras entidades públicas o privadas, lo autorizó, cuando se trate de empresas dignas de estímulo y apoyo, para fomentarlas, pero en uno y otro caso, con sujeción a los planes y proyectos que fijen las leyes respectivas.

Se ve, pues, que el Constituyente ha querido el estudio y determinación previos de los planes y programas de las obras públicas, ya sea que éstas hayan de emprenderse o continuarse por ser de cargo de la Nación, o ya sea que, aún no correspondiéndole se juzgue conveniente su fomento por ser dignas de estímulo y apoyo.

En relación a estas últimas, es decir, las útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, el legislador por medio de la ley 71 de 1946, por la cual se desarrolla el artículo 76 de la Constitución Nacional, determinó y enumeró cuáles eran los requisitos que debían cumplirse para que los auxilios pudieran decretarse y así, cuando se trate de la construcción o ensanche de una obra, el proyecto que busque el apoyo de la Nación debe ir acompañado de determinados documentos, planes, presupuestos, etc. Cuando se refiera al sostenimiento de algunas obras, se estableció cierta pauta para lograr el auxilio; lo mismo acontece cuando se intente la creación o sostenimiento de un servicio público, etc. De modo general se establecieron otros requisitos como el de la

supervigilancia del Estado, la sanción cuando se violen las obligaciones que la dicha ley impone, etc.

Pero, en tratándose de las obras públicas de la Nación, las que por ésta se hayan de emprender o continuar, la ley no ha fijado aún los planes y programas a que deban someterse.

Ya esta Corte al estudiar los alcances de la reforma constitucional de mil novecientos cuarenta y cinco en cuanto se refiere a este problema, consideró que el artículo 76 de la Carta, al enumerar las atribuciones del Congreso, impuso en el numeral 19 una perentoria obligación para que pudiera ejercitar la facultad de decretar la iniciación o continuación de obras públicas, o sea la de sujetarse al hacerlos, a los planes y programas que previamente han de fijarse en las leyes respectivas, estableciendo así, orden y método en su desarrollo y ejecución.

Entendió la Corte, que en virtud de tales mandatos el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, sus facultades de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de decretar con criterio técnico y de prelación, por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, dieciseis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas).

El señor Presidente de la República objetó por inconstitucional el artículo 3º (sic) del proyecto de ley acordado en la legislatura de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual se nacionaliza la Escuela Superior de Sabanalarga, devolviéndolo al Congreso con los reparos consiguientes; los que fueron allí declarados infundados. Esta la razón por la cual se envió el asunto a esta Corporación para decidir sobre su exequibilidad al tenor del artículo 90 de la Constitución Nacional.

La disposición materia de estudio, dice así:

Artículo.... Destínase la suma de trescientos mil pesos (\$ 300.000) para la construcción y dotación del plantel educativo que se levantará en terrenos cedidos por el Municipio de Sabalarga, o adquiridos por el Departamento del Atlántico, y según los planos registrados y aceptados por el Ministerio de Educación Nacional.

Parágrafo.—Esta suma se incorporará en su totalidad en el presupuesto de gastos de la próxima vigencia fiscal, o por partes iguales en las dos próximas e inmediatas apropiaciones fiscales, quedando autorizado el Gobierno para hacer los traslados que fueran menester.

En mensaje del señor Presidente de la República expresa a los HH. Senadores y Representantes lo siguiente:

“El artículo tercero del proyecto en cuanto dispone la construcción de un edificio para el funcionamiento del Colegio Superior de Sabanalarga; destina la suma de trescientos mil pesos para adelantar esa construcción; dispone que esta suma se incorpore en el presupuesto de gastos de la próxima vigencia fiscal, o por partes iguales en las dos próximas e inmediatas apropiaciones fiscales; y autoriza al Gobierno para efectuar los traslados que fueren menester, se aparta de las normas constitucionales vigentes, pues de acuerdo con el artículo 76, ordinal 19 de la Carta, el Congreso sólo está facultado para decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas expedidas en desarrollo del ordinal 4º del mismo artículo constitucional, y como el Congreso no ha dictado la ley sobre planificación de acuerdo con la cual hayan de construirse los edificios destinados para la educación secundaria, síguese que tal artículo del proyecto extralimita las normas constitucionales citadas”.

El señor Procurador General de la Nación rinde su concepto de acuerdo con los reparos del Poder Ejecutivo; reproduce sus razonamientos y termina afirmando que como el Congreso no ha ex-

pedido aún la ley que fije los planes y programas de las obras públicas nacionales “es claro, dice, y así pido que lo declaréis, que el proyecto objetado es inconstitucional”.

Se considera:

La Constitución Nacional, al determinar en su artículo 76 las atribuciones del Congreso, ya en relación con las Obras Públicas que atañen directamente a la Nación, ya en lo tocante a empresas útiles o benéficas; dispuso que en cuanto a las primeras incumbe al Congreso decretar las que han de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas acordados; y en cuanto a las segundas, las que no son de la directa ejecución del Estado por ser del resorte de otras entidades públicas o privadas, lo autorizó, cuando se trate de empresas dignas de estímulo y apoyo, para fomentarlas, pero en uno y otro caso, con sujeción a los planes y proyectos que fijen las leyes respectivas.

Se ve, pues, que el constituyente ha querido el estudio y determinación previos de los planes y programas de las obras públicas, ya sea que éstas hayan de emprenderse o continuarse por ser de cargo de la Nación, o ya sea que, aún no correspondiéndole, se juzgue conveniente su fomento por ser dignas de estímulo y apoyo.

En relación a estas últimas, es decir, las útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, el legislador por medio de la ley 71 de 1946, por la cual se desarrolla el artículo 76 de la Constitución Nacional, determinó y enumeró cuáles eran los requisitos que debían cumplirse para que los auxilios pudieran decretarse y así, cuando se trate de la construcción o ensanche de una obra, el proyecto que busque el apoyo de la Nación debe ir acompañado de determinados documentos, planos, presupuestos, etc. Cuando se refiera al sostenimiento de algunas obras, se estableció cierta pauta para lograr el auxilio; lo mismo acontece cuando se intente la creación o sostenimiento de un servicio público, etc. De modo general se establecieron otros requisitos como el de la supervigilancia del Estado, la sanción cuando se violen las obligaciones que la dicha ley impone, etc.

Pero, en tratándose de las obras públicas de la Nación, las que por ésta se hayan de emprender o continuar, la ley no ha fijado aún los planes y programas a que deban someterse.

Ya esta Corte al estudiar los alcances de la reforma constitucional de mil novecientos cuarenta y cinco en cuanto se refiere a este problema, con-

sideró que el artículo 76 de la Carta, al enumerar las atribuciones del Congreso, impuso en el numeral 19 una perentoria obligación para que pudiera ejercitar la facultad de decretar la iniciación, o continuación de obras públicas, o sea la de sujetarse al hacerlo, a los planes y programas que previamente han de fijarse en las leyes respectivas, estableciendo así orden y método en su desarrollo y ejecución.

Entendió la Corte, que en virtud de tales mandatos el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, sus facultades de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de decretar con criterio técnico y de prelación, por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales.

Se quiso de esta manera evitar la ordenación de obras públicas desaconsejadas por la técnica, la iniciación de otras mientras no se cuente con los recursos fiscales necesarios y el deseo de finalizar en el desarrollo de los planes que se acuerden, las decretadas, para luego emprender otras nuevas.

Se busca así, dada la limitación de los recursos con que cuenta la Nación, programar un plan para desarrollarlo en determinado tiempo, encauzando en su realización los fondos del patrimonio común. Se concreta de esta manera el más viejo anhelo nacional de ver impedido el desorden y el derroche de los haberes públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que son destinados, como lo expresó el señor Presidente de la República en su exposición a las Cámaras al presentar la reforma constitucional de 1945 (véase sentencia de 14 de diciembre de 1945. *Gaceta Judicial* número 2025/27, páginas 648/49. Sentencia del diez de febrero de 1949 aún no publicada).

Con respecto a la interpretación de la ley 71 de 1946 y su alcance en lo que corresponde a las obras en ella señaladas expresó ya esta Corte en sentencia de 29 de enero de mil novecientos cuarenta y siete lo que a continuación se copia:

“La lectura de los tres primeros artículos de la ley 71 hace pensar que el legislador de 1946 quiso

con ellos fijar un plan, lanzar un programa, a los cuales deben someterse las empresas por él mismo consideradas como útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo. Y que, entre esas empresas, caben las culturales, encaminadas al sostenimiento de establecimientos como las colonias de vacaciones y los dedicados a la educación industrial y artística”.

“Y no solamente las incluye la ley en el programa exigido por el precepto constitucional, sino que para un mejor acomodamiento con las exigencias del Constituyente, en la ley 71 se detallan las condiciones y requisitos que han de llenar tales empresas para hacerse acreedoras al apoyo pecuniario del Estado”.

“Desde su título la ley 71 de 1946 revela el ánimo del legislador de ponerse a tono con la exigencia que el constituyente de 1945 hizo en el numeral 20 del artículo 76. Por manera que el intérprete debe pensar que las determinaciones de esa ley no son otra cosa que un desarrollo del canon constitucional, y debe aplicarlas como tales mientras el legislador mismo no las derogue o no sean declaradas inexequibles por la jurisdicción constitucional”. (*G. J. No. 2042/44. Enero a marzo de 1947. Pág. 660.*)

#### Las objeciones propuestas

Como puede observarse, el proyecto de ley por la cual la Nación toma a su cargo la Escuela Superior de Sabanalarga que ha sido motivo de las objeciones del señor Presidente de la República, entraña la nacionalización de un plantel de educación y la correspondiente construcción del local apropiado para el desarrollo de sus labores. Se trata, pues, de una obra que ha de emprenderse por el Estado, y por ende debe sujetarse a los planes y programas que el mismo legislador prospecte.

Considera la Sala Plena que el artículo del proyecto objetado por el señor Presidente de la República contraviene las normas constitucionales vigentes, pues de acuerdo con el artículo 76, ordinal 19 de la Carta, el Congreso solo está facultado para decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas expedidas en desarrollo del ordinal 4º del mismo artículo constitucional, y como el Congreso no ha dictado la ley sobre planificación de acuerdo con la cual hayan de construirse los edificios destinados

para la educación secundaria, síguese que tal artículo extralimita las normas constitucionales citadas.

---

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, declaró inexecutable el artículo objetado del proyecto de ley, "por la cual se nacionaliza la Escuela Superior de Sabanalarga".

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Excelentísimo señor Presidente de la República, dése cuenta al Congreso Nacional, e insértese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Luis Rafael Robles. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. — Pedro León Rincón, Secretario.

## SALA DE CASACION CIVIL

## RECURSO DE REVISION

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

## Antecedentes:

1) Por libelo de fecha diez de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, la señora Sinforosa Martínez de Cely, demandó ante el Juzgado del Circuito en lo Civil de Santa Rosa de Viterbo a la señorita Susana Porras, en acción reivindicatoria, para que se declarara que el bien raíz vendido por su marido a la mencionada señorita pertenece a la sociedad conyugal constituida por el hecho del matrimonio celebrado por ella y el señor Lope Cely en el año de 1894. Que el bien en cuestión fue adquirido durante la sociedad conyugal por escritura pública número 243 de 17 de mayo de 1932 y enajenado por su cónyuge por instrumento público número 330 de 30 de julio de 1933, sin que se hubiera liquidado la sociedad conyugal en forma alguna.

2) Que cuando su esposo vendió ya estaba vigente la ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, que dio plena capacidad civil a la mujer, dotándola de iguales facultades a las del marido y que por consiguiente, al traspasar éste un bien que pertenecía al haber común, vendió cosa ajena, pidiendo en consecuencia fuera devuelto al haber social, declarándolo así el Tribunal en fallo de fecha 28 de enero de 1947.

3) Por medio de la ley 68 de 1946, el Congreso interpretó por vía de autoridad las disposiciones de la ley 28, de 1932 y en su artículo 1º dijo lo siguiente: "La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellas

antes del 1º de enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley".

4) Considerando que hay fraude a la ley, cometido por el Tribunal al darle el alcance atrás consignado a los preceptos de la ley 28 de que a partir de su vigencia el marido perdió el carácter de jefe único de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros, de los bienes que eran ya sociales cuando la ley 28 entró a regir, en presencia de la ley 68 que interpretó la memorada ley en sentido contrario, el abogado de la señorita Porras ha ocurrido ante la Corte pidiendo la revisión de la expresada sentencia del Tribunal.

5) Con apoyo en tales antecedentes y considerando el motivo único propuesto y lo preceptuado en los artículos 542 y 544 del C. J., la Corte expresa lo siguiente:

El recurso de revisión es un medio extraordinario establecido por la ley para volver a estudiar las sentencias ejecutoriadas proferidas por la Corte Suprema o por el Tribunal Superior en determinados casos taxativamente señalados en el Código (artículo 542 C. J.).

Entre otros motivos que dan lugar a tal recurso se encuentra el de haberse dictado la sentencia injustamente por cohecho, violencia o fraude.

A la demanda debe acompañarse además de la suma de doscientos pesos para responder de costas, **la prueba en que se funde la solicitud** (artículo 544 C. J.).

Es decir, es requisito indispensable para la admisión de la demanda, la presentación de la prueba emque el peticionario apoye sus pretensiones.

En lo que respecta a los motivos señalados como causales de revisión consignados en el numeral 4º del artículo 542 del C. J., que entrañan un delito como son el cohecho, la violencia, y el fraude, es necesario que éstos se demuestren o se declaren, y debiéndose acompañar a la demanda de revisión, por virtud de lo estatuido en el artículo 544 la prueba del caso, la declaración respectiva ha de obtenerse con antelación al juicio.

En el presente negocio se quiere fundar el fraude a la ley en el hecho de que el Tribunal interpretó en determinado sentido las disposiciones de la ley 28 de 1932, acorde con las tesis adoptadas por vía de doctrina por esta Corte, que luego hubo de cambiar a virtud de la interpretación con fuerza de autoridad dada a los mencionados preceptos por el Congreso en su ley 68 de 1946. (Véanse sentencias de 20 de octubre de 1937. (G. J. Tomo 45, No. 1928, pág. 633, y sentencia de fecha 14 de julio de 1947, ya vigente la ley 68 de 1946, G. J. No. 2050/51, pág. 611, Tomo 62).

Apenas habrá para que decir que el fraude a que se refiere el artículo 542 como causal de revisión en su parte final, es algo muy distinto de lo que el demandante llama "FRAUDE A LA LEY", que aduce como motivo de su demanda y que consiste tan solo en una interpretación doctrinaria de determinados preceptos legales, cambiada luego

por la interpretación con autoridad sobrevenida en el año de mil novecientos cuarenta y seis.

No tratándose en la acción propuesta sino de disparidad de criterio en la interpretación de la ley, y no habiéndose acompañado al pedimento la prueba en que se apoya la solicitud, no se admite la demanda propuesta y se ordena devolver al actor el expediente y la suma que consignó para los efectos del artículo 544 del C. J.

Reconócese al doctor Gustavo Atuesta, como apoderado de la señorita Susana Porras M., en los términos del mandato conferido por memorial presentado ante el Juzgado del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

Notifíquese al peticionario.

Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.



## ACCION DE RENDICION DE CUENTAS Y DE PAGO DE SERVICIOS

La acción de rendición de cuentas no es procedente en vía ordinaria, por contraria a lo dispuesto en el artículo 734 del Código Judicial que impone para ella trámites especiales; de tal suerte que cuando tales trámites o procedimiento sumario están expresamente establecidos para una controversia determinada, no puede ocurrirse para ventilarla a las ritualidades del procedimiento común u ordinario, pues es sólo en defecto o ausencia de aquel cuando el litigante puede valer-se del último. Y como para el caso de rendición de cuentas el código citado ha señalado expresamente el trámite especial de que habla el título XXXVIII, lógica e ineludiblemente debe concluirse que una acción de tal naturaleza sólo puede ejercerse legalmente mediante la observancia de esos trámites especiales y no por los de la vía ordinaria.

Dentro de nuestro derecho procesal las partes no son libres de escoger o determinar el procedimiento que en cada caso haya de seguirse para controvertir los negocios que someten al conocimiento y decisión de los jueces, pues precisamente la función del procedimiento civil es ante todo la de regular el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde a la rama judicial. (Artículo 194 C. J.)

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

Julio Gómez G., invocando la calidad de subrogatario de todos los derechos y acciones que a Secundino Gómez Z., corresponden en la sucesión de Julio Gómez G., propuso ante el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín juicio ordinario contra Joaquín Gómez Z., para que se declare que éste está obligado a rendir a la sucesión de Julio Gómez G. cuentas documentadas y comprobadas relativas a lo siguiente: a la administración de las fincas denominadas "La Aguada", y "La Negrita o El Silencio", ubicadas en el municipio de Maceo, desde

el 21 de agosto de 1929 hasta el 20 de febrero de 1938, en relación con la primera, y desde aquella misma fecha hasta la presentación de las cuentas, con respecto de la segunda de esas fincas (súplicas 1ª y 2ª); a la administración de 24 cabezas de ganado mayor machos y hembras, y a cuatro bestias mulares, durante el indicado lapso (súplica 3ª), y de las cantidades de dinero que por cuenta de Julio Gómez Z. cobró e hizo efectivas a Manuel Jaramillo, Luis Franco, Leopoldo Rendón, Arcadio Orrego y Melitón Bedoya (súplica 4ª). Pidió, además, que se condene al mismo demandado a pagar a la sucesión de Julio Gómez G. el precio de quince años de servicios, o subsidiariamente de tres, que éste le prestó en la administración de la Proveduría de la población de Maceo, (súplica 5ª), y el valor de los arrendamientos, a razón de diez pesos mensuales, del local de tienda situado en la población de Maceo (súplica 7ª).

Esa demanda, cuyos fundamentos se expusieron en veinte y dos hechos, fue decidida al cabo de su tramitación legal por el Juez 5º Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de 11 de julio de 1946, por medio de la cual declaró probada "la excepción perentoria de petición de modo indebido en relación con las peticiones primera a cuarta del libelo, por cuanto se ha solicitado rendición de cuentas por la vía ordinaria en vez de hacerse por el procedimiento especial" correspondiente; negó las súplicas quinta y séptima y absolvió, en consecuencia al demandado, con costas a cargo del demandante.

La apelación que a éste se concedió llevó el negocio al Tribunal Superior de Medellín, en donde se decidió la alzada en sentencia de 14 de marzo de 1947, que confirmó la apelada.

Como motivación de ese fallo el Tribunal sostiene, en síntesis, que el Juez de conocimiento decidió correctamente el litigio al declarar probada la excepción de petición de modo indebido con respecto a las súplicas primera y cuarta de la demanda por haberse escogido el juicio ordinario en lugar de la acción especial de rendición de cuentas, que es la vía indicada para casos como el presente por el Título XXXVIII del Código Judicial, ya que no está dentro del libre arbitrio del actor escoger una vía distinta de la indicada, pues las disposiciones que regulan los procedimientos son de or-

den público y por tanto obligatorias para los litigantes.

Con respecto a las peticiones quinta y séptima, consideró que con las pruebas traídas al proceso no se logró demostrar ni la prestación de servicios ni el contrato de arrendamiento a que aquellas se contraen.

Al actor se le concedió contra la sentencia el recurso de casación que, debidamente preparado, se procede ahora a decidir.

El recurrente propone los cargos que en seguida se resumen:

a) El Tribunal al declarar probada la excepción de petición de modo indebido incurrió en incongruencia con las peticiones de la demanda, porque en ésta no se exige que el Administrador rinda las cuentas de su administración sino que se declare la obligación en que está de rendirlas, cosa ésta sustancialmente diferente de aquella, por lo cual al reconocer dicha excepción el sentenciador violó por interpretación errónea el artículo 1120 del C. J. y quebrantó indirectamente el artículo 195 ibídem.

b) El Tribunal incurrió en error de hecho evidente, al no apreciar la confesión del demandado en posiciones, en que éste reconoció que Julio Gómez G. le prestó servicios por espacio de tres años, a consecuencia de lo cual quebrantó los artículos 1769, 1757, 1613 y 2184, incisos 3º y último del Código Civil;

c) El Tribunal, a consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió en la apreciación de las pruebas a que el recurrente se refiere, relativas a la administración que el demandado ejerció sobre los bienes de que habla la demanda, violó los artículos 632 y 693 del C. J.;

d) El Tribunal quebrantó los artículos 195, 209, 396 y 398 del C. J., pues habiéndose acumulado como lo permite la ley todas las acciones de que trata la demanda y siendo evidente la competencia que asistía para conocer por la vía ordinaria de las de que tratan las súplicas quinta y séptima, se efectuó una prórroga de jurisdicción, en virtud de la cual debía decidir sobre las restantes.

e) La sentencia quebrantó, por falta de aplicación al caso del pleito y con motivo de los errores de hecho y de derecho ya aludidos en materia de pruebas, los artículos 2305, 2307 y 2428 del C. C.

f) El Tribunal incurrió en errónea interpretación de la demanda y en el consiguiente error de darle aplicación a las disposiciones del Título XXXVIII del C. J., y en el de no aplicar el artículo 195 ibídem, y como en la demanda hay una acu-

mulación de acciones, de las cuales las relativas a las súplicas 5ª y 7ª debían tramitarse por la vía ordinaria, es forzoso concluir que las cuatro primeras están bien deducidas, de lo cual se desprende que no es el caso de declarar la mentada excepción con respecto de éstas, sino el de fallarlas en el fondo, y de allí que la sentencia sea incongruente con las peticiones de la demanda;

g) El sentenciador al decidir como lo hizo, quebrantó, por falta de aplicación al caso del pleito, los artículos 2458 y 756 del C. C.;

h) El Tribunal, por razón de la errónea interpretación de la demanda, ya aludida, quebrantó por falta de aplicación el artículo 472 del C. J.

Se considera:

Por carecer en esta oportunidad de importancia para la decisión del recurso la Sala prescinde de destacar las notorias deficiencias de que adolecen, por lo que respecta a la técnica de la casación, muchas de las acusaciones del recurrente y entra de lleno a exponer las razones que se oponen definitivamente a su prosperidad:

Todos los cargos que se formulan, a excepción del resumido en el aparte b) precedente, se enderezan por uno u otro camino a sostener la viabilidad y procedencia de las acciones a que se refieren las cuatro primeras súplicas de la demanda, y de consiguiente, a lograr en esa parte, la infirmación del fallo acusado; pero como la Corte encuentra que la tesis en que éste se apoya es fundada, y ella se opone a la prosperidad de todos y cada uno de esos cargos, le bastará para rechazarlos exponer brevemente las razones que sustentan ese parecer.

En las peticiones primera y cuarta de la demanda propone el actor una acción de rendición de cuentas, acogiéndose a los trámites del juicio ordinario y esa acción no es procedente deducirla por esa vía. En efecto, según lo dispone el artículo 734 del Código Judicial el procedimiento del juicio ordinario de que trata el Título XVIII, "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 tal suerte que cuando tales trámites o procedimiento, sumario están expresamente establecidos para una controversia determinada, no puede ocurrirse para ventilarla a las ritualidades del procedimiento común u ordinario, pues es sólo en defecto o ausencia de aquéllo cuando el litigante puede valerse del último. Y como para el caso de rendición de cuentas, el citado código ha señalado expresamente el trámi-

te especial de que habla el título XXXVIII, lógica e ineludiblemente debe concluirse que una acción de tal naturaleza sólo puede ejercerse legalmente mediante la observancia de esos trámites especiales y no por los de la vía ordinaria.

Dentro de nuestro derecho procesal, las partes no son libres de escoger o determinar el procedimiento que en cada caso haya de seguirse para controvertir los negocios que someten al conocimiento y decisión de los jueces, pues precisamente la función del procedimiento civil es ante todo la de regular el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde a la rama judicial (artículo 194 C. J.). Y "la ley procesal —ha dicho esta Sala— en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio". Dice allí que —como también se ha anotado— "el procedimiento mal elegido es siempre camino legalmente inconducente".

Y no se diga, como lo asevera el recurrente, que por virtud de haberse acumulado en la presente demanda acciones tramitables unas por vía especial y otras mediante juicio ordinario, se operó una prórroga de jurisdicción que determina la procedencia del procedimiento ordinario, pues lo que aquí se contempla no es una cuestión de competencia, sino de curso inadecuado o indebido de la demanda, y porque, además, uno de los requisitos legales para que en un mismo juicio puedan ejercitarse acumuladamente varias acciones, es el de que todas ellas sean susceptibles "de sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial" (artículo 209, numeral 2º), y ya está visto que ese requisito no concurre en el caso de autos, por lo cual dicha acumulación resulta notoriamente ilegal e inadmisibile.

De otro lado, la tacha de incongruencia que el recurrente hace a la sentencia es claramente infundada; en primer lugar, porque la razón en que se apoya esa misma acusación, sólo es procedente invocarla dentro de la causal primera de casación y no dentro de la segunda, y además porque ella carece, mirada en su fondo, de respaldo en la ley, desde luego que la primera etapa del juicio especial a que se viene haciendo referencia tiene precisamente como objetivo previo, según se desprende de lo estatuido en los artículos 1120 y 1124 del C. J., esclarecer si al actor le asiste o no el derecho de exigir cuentas al demandado.

Con finalidad meramente doctrinaria, desde lue-

go que la observación que va a hacerse no tiene incidencia alguna en la decisión del recurso, ya que al punto no se alude siquiera en la demanda de casación, cree la Sala conveniente anotar que el Tribunal, al confirmar sin reparo la parte resolutive del fallo de primera instancia, acoge implícitamente la calificación que el inferior le dio de "excepción perentoria" a la circunstancia de haberse propuesto y seguido la demanda por la vía ordinaria, cuando esta informalidad es apenas un vicio de procedimiento, que ciertamente impedía el fallo de fondo, pero que por no afectar el derecho sustancial que se pretende deducir en el juicio, no puede ser tenido como excepción perentoria, ya que ésta según la noción que de ella trae el artículo 329 del C. J., la constituye "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Finalmente, el cargo resumido en el aparte b) también es infundado, desde luego que lo que el demandante admitió en la diligencia de absolución de posiciones a que se refiere el recurrente es que Julio Gómez G. estuvo prestándole sus servicios personales por espacio de tres años, y de allí lo que podía desprenderse no es la existencia del contrato de mandato a que alude la acusación al citar como violado el artículo 2184 del C. C., sino la de uno de trabajo, cuyas prestaciones no son exigibles ni por el procedimiento ordinario ni ante los jueces comunes, sino por la vía especial que regulan las leyes correspondientes y ante los funcionarios competentes de la jurisdicción especial del trabajo.

No prosperan, por tanto, los cargos propuestos.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

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

ACCION DE VENTA DE COSA HIPOTECADA. — ACCION PAULIANA.  
APRECIACION DE INDICIOS EN CASACION

1.—Tratándose de la prueba indirecta de indicios no es dable en casación, según reiterada jurisprudencia, variar el juicio ponderativo, más moral que jurídico, que el sentenciador ha hecho por facultad legal sobre las calidades de gravedad, precisión y conexión que deben ostentar los hechos que se consideran como fuente indiciaria.

2.—La Corte dijo en sentencia que corre publicada en el número 1896 de la Gaceta Judicial, página 640, entre otras cosas: "Ninguna de las disposiciones que el recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que, la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equívoca apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas

o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio VIOLACION MEDIO, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J., ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación".

3.—La acción pauliana, que esencialmente constituye uno de los medios que la ley otorga al acreedor para defender sus derechos contra las actividades fraudulentas de su deudor, dándole manera de impedir que mengüe de mala fe el patrimonio que le sirve de prenda general, ha sido estudiada por esta Sala de Casación Civil en numerosas decisiones en que ha destacado sus características primordiales y su naturaleza jurídica para diferenciarla específicamente de las de nulidad y simulación. Jurisprudencialmente se ha acrecido el ámbito de aplicabilidad de esta acción reivindicatoria, libertándola de la condición de que el deudor haya hecho cesión de bienes o haya sido concursado, a que en un principio se la sometió con excesivo ceñimiento a los términos literales del artículo 2491 del C. C., pero conservándole sus

**condiciones esenciales de ejercicio, que por lo que concierne a los actos a título oneroso son a más de calidad de acreedor, EL EVENTUS DAMNI Y EL CONSILIUM FRAUDIS, esto es, que el acto ejecutado por el deudor debe causar un perjuicio cierto, para que así surja en el demandante el interés jurídico indispensable para el ejercicio de toda acción judicial, y que tal acto haya sido el resultado del entepdimiento del deudor con un tercero a efecto de defraudar al acreedor.**

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca)

Los antecedentes de este litigio, extractándolos de los hechos de la demanda, son:

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Andes, Joaquín M. Ruiz demandó a Andrés Muriel en juicio especial de venta de la cosa hipotecada para el cobro de unas obligaciones mutuarías para cuya garantía le había hipotecado una finca situada en el paraje de La Cascajosa del Municipio de Betania, inmueble éste embargado al efecto. Por abandono del ejecutante, se declaró la caducidad de la instancia en auto de agosto de 1943, confirmado por el Tribunal, y consecuentemente se decretó el levantamiento del embargo que fue cancelado en enero de 1944.

El 1º de septiembre de 1943, por medio de la escritura pública número 704, otorgada ante el Notario del Circuito de Andes, Julio C. Velásquez, como apoderado de Andrés Muriel y su esposa Laura Echavarría de Muriel, con facultad suficiente, vendió a Alejandro Correa la finca de La Cascajosa. No se registró inmediatamente esta escritura porque estaba pendiente la apelación del auto en que se había decretado el embargo.

En octubre de 1943, ante el Juzgado 2º del Circuito de Andes, Benjamín Ospina demandó a Andrés Muriel en juicio ejecutivo para el pago de una letra de cambio, y en esta ejecución, por denuncia del ejecutado, se decretó el embargo de la mencionada finca, que fue registrado el 26 de enero de 1944, el mismo día en que se canceló el anterior.

En curso esta ejecución, el día 1º de febrero de 1944, por medio de la escritura pública No. 373, de la Notaría 1ª del Circuito de Medellín, el ejecutado Muriel vendió al ejecutante Benjamín Ospina

la finca La Cascajosa, embargada en el juicio, y registrada el día 8 siguiente por autorización expresa del ejecutante de acuerdo con el artículo 1521 del C. C.

Sólo hasta el 24 de abril de 1944, día en que fue presentada a la Oficina de Registro la nota sobre cancelación del embargo de La Cascajosa, fue inscrita en el libro primero la escritura número 704 de 1º de septiembre de 1943, en que el apoderado de Muriel la había vendido a Alejandro Correa.

Considera y afirma éste que el inútil registro posterior de su título, que le ha inferido grave injuria a sus intereses, es la culminación de una trama urdida por sus demandados Muriel y Ospina, que simularon la ejecución ante el Juzgado 2º y el título que le sirvió de recaudo, lo mismo que la venta que hicieron constar en la escritura 373, con el propósito preconcebido de impedir la oportuna tradición que se le debía del inmueble comprado, todo lo cual constituye un verdadero fraude pauliano, con el que se le ha perjudicado grandemente.

Con este entendimiento de los hechos recordados y con apoyo en ellos, Alejandro Correa, por medio de apoderado, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, en libelo de fecha 9 de junio de 1944, demandó a Andrés Muriel y Benjamín Ospina para que en sentencia de juicio ordinario se declare:

“a) Que es simulado el contrato de venta consignado en la escritura No. 373 de 1º de febrero de 1944 de la Notaría 1ª del Circuito de Medellín, otorgado por Andrés Muriel en favor de Benjamín Ospina y referente a la finca de La Cascajosa...”.

“b) Subsidiariamente y para el caso de que se niegue la petición anterior, pido que se declare que el contrato que consta en la escritura 373 citada fue celebrado con fraude pauliano en contra de los intereses de Alejandro Correa, a quien se le había vendido anteriormente la misma finca...”.

“c) Que los demandados están en la obligación de entregar materialmente al demandante el inmueble referido, con sus frutos civiles y naturales, considerados como poseedores de mala fe, más las costas del juicio.

“d) Subsidiariamente y para el caso de que se nieguen las dos primeras declaraciones, que se declare que el contrato de venta referido es inoponible a Alejandro Correa, por lo cual carece de efectos en contra de éste último y prima su título anterior que consta en la escritura 704 citada”.

Los demandados contestaron la demanda acep-

tando algunos de sus hechos fundamentales y oponiéndose a las declaraciones solicitadas en ella, que califican de improcedentes y temerarias.

Al cabo de la actuación correspondiente, el Juzgado del Circuito sentenció definitivamente la primera instancia del juicio el 13 de septiembre de 1946, declarando que no era el caso de resolver las peticiones de la demanda por aparecer probada la excepción de petición de modo indebido. En concepto de este juzgador ha debido citarse al juicio a Julio C. Velásquez, quien intervino en los antecedentes que el actor señala, como apoderado también de la esposa de Muriel, y sin cuya audiencia, por consiguiente, no puede ser legalmente decidida la situación legal que plantea la demanda. "En estas condiciones el Juzgado llega a creer que no es el caso de entrar a estudiar el juicio de fondo por cuanto no han sido llamadas a intervenir todas las personas que han debido serlo..."

#### Sentencia acusada

Tuvo segundo grado el juicio por apelación del demandante contra el fallo del Juzgado, instancia que terminó con la sentencia definitiva del 11 de julio de 1947 en que el Tribunal de Medellín revocó la recurrida y en su lugar absolvió. Sin costas.

Comienza el Tribunal por rectificar la conclusión en que el Juez fundó la excepción declarada, porque no habiendo intervenido en ninguna forma Velásquez ni la esposa de Muriel en la negociación atacada en la demanda, contenida en la escritura No. 373 de 19 de febrero de 1944, no tienen por qué comparecer en este juicio, que no se afecta en nada con su ausencia. Y examinando probatoriamente el proceso para proferir decisión de fondo, encuentra que no hay confesión, ni prueba literal ninguna, sino unos leves indicios de mérito insuficiente para demostrar la pretendida simulación ajustada entre Muriel y Ospina, a que se refiere la primera petición de la demanda. Y por lo que hace a la acción pauliana, ejercida subsidiariamente en la segunda súplica del libelo, considera el Tribunal que no obran en este caso los elementos jurídicos indispensables para configurar el fraude pauliano que da lugar al ejercicio de la acción descrita en el artículo 2491 del C. C., porque ni aun aceptando que el demandante Correa tuviera el carácter de acreedor del vendedor en la escritura 373, contentiva de la venta atacada, la mala fe del comprador Ospina no se ha probado en ninguna forma, porque respecto del conocimiento que éste tuviera de la mala situación eco-

nómica del deudor Muriel "no se ha aducido la más leve prueba, ni se ha afirmado siquiera esa circunstancia por el demandante". Agrega la sentencia que "la acción más pertinente sería la que establece el artículo 1546 del C. C. en relación con el 1609 ibídem, esto es la de cumplimiento o resolución del contrato, con indemnización de perjuicios", y termina advirtiendo que "no debe olvidarse que la venta de cosa ajena vale y que cuando se vende una cosa a dos o más personas, prevalece aquel contrato en que primero se haya efectuado la tradición, según lo enseña el artículo 1873 del C. C."

#### El recurso

Preparado legalmente, se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante. Dos cargos, ambos por la causal primera, formula la demanda. Separadamente se enuncian y consideran:

a) En este primer cargo, relacionado exclusivamente con la acción principal de simulación, afirma el recurrente que al concluir el Tribunal que no hay base probatoria que demuestre la simulación de venta de La Cascajosa convenida entre los demandados Muriel y Ospina en la escritura No. 373, incurrió en errores de estimación probatoria consistentes en haber dejado de apreciar varias pruebas que obran en autos y que acreditan plenamente la aludida simulación, tales como las copias de la actuación en el juicio ejecutivo simulado, el certificado de registro sobre la forma en que se verificó la inscripción de las dos escrituras de venta, el telegrama suscrito por Muriel en que pedía a Correa la no entrega del precio de La Cascajosa, y la partida de matrimonio de Laura Echavarría y Andrés Muriel. Después de enumerar estas probanzas concluye la demanda: "Ha incurrido, pues, el Tribunal en error de derecho y en error de hecho acerca de la apreciación de las pruebas que obran en este proceso, lo que está de manifiesto, ya que solo la falta de estudio justifica las conclusiones a que llegó la referida entidad. Resultaron así violados por falta de aplicación los siguientes preceptos: artículos 1759, 1761 del C. C. y 630, 632, 635, 597, 637 y 645 del C. J."

Se considera:

No es completamente exacta la aseveración del recurrente de que el sentenciador omitiera la consideración de los elementos probatorios a que se refiere en su demanda. En la sentencia, después de advertir el Tribunal la ausencia de confesión y de

prueba literal sobre la pretendida simulación, se alude a algunas de las pruebas que se citan en el cargo, para hacer notar su aducción irregular a los autos, y para concluir respecto de todas ellas que apenas darían pie para deducciones indiciarias de tan leve fuerza que nada prueban sobre el particular. Tratándose de esta especie de prueba indirecta, y sin dejar de anotar que el cargo omite la descripción y demostración de los errores que imputa, no es dable en casación, según reiterada jurisprudencia, variar el juicio ponderativo, más moral que jurídico, que el sentenciador ha hecho por facultad legal sobre las calidades de gravedad, precisión y conexión que deben ostentar los hechos que se consideran como fuente indiciaria.

Se ha dado esta razón para hacer ver la ineptitud sustancial del cargo contra el juicio probatorio del sentenciador, sin necesidad de hacerlo para los efectos del recurso, porque la acusación por quebranto legal viene afectada de una falla de orden técnico que la condena a la inutilidad, según preceptos y doctrinas de casación tan conocidos que realmente no debería estar la Sala obligada a recordarlos con tanta frecuencia: "Ninguna de las disposiciones que el recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y al-

cance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (G. J. No. 1986, pág. 640).

No es fundado, por lo dicho, el primer cargo.

b) En referencia a la petición subsidiaria sobre fraude pauliano se acusa la sentencia por violación, a causa de errónea interpretación, de los artículos 1873, 1874, 2491 del C. C., y 8º de la ley 153 de 1887 por haberse dejado de aplicar. Para fundar su acusación sostiene el recurrente que el ejercicio de la acción pauliana, que propiamente es una inoponibilidad con que se defienden todos los terceros de un perjuicio probable, corresponde no sólo a los acreedores, sino que tiene aplicación también en muchos otros casos, algunos de los cuales están consagrados en disposiciones de la ley, con fundamento en la equidad. "Evidentemente —dice la demanda— los acreedores gozan de este derecho para hacer rescindir los contratos verificados por su deudor, en perjuicio de sus acreencias, casos en que es absolutamente necesario demostrar que el deudor carece de bienes diferentes que puedan garantizar el pago de esas acreencias; pero no se trata aquí propiamente del caso de un acreedor, sino de un tercero que ha adquirido una propiedad pero que no ha podido obtener la tradición por el **consilium o pacto simulado** verificado entre los demandados precisamente para evitar

el registro de la escritura de venta anteriormente celebrada. El señor Correa no ha demandado la acción pauliana con base en la calidad de acreedor. . . ., la acción pauliana se ha demandado para obtener la inoponibilidad del título de venta del señor Correa en contra de la enajenación fraudulenta verificada por el señor Muriel en favor de Ospina y para que se declare la prevalencia del primer título. . . .”.

Considera la Sala:

La acción pauliana, que esencialmente constituye uno de los medios que la ley otorga al acreedor para defender sus derechos contra las actividades fraudulentas de su deudor, dándole manera de impedir que mengüe de mala fe el patrimonio que le sirve de prenda general, ha sido estudiado por esta Sala de Casación Civil en numerosas decisiones en que ha destacado sus características primordiales y su naturaleza jurídica para diferenciarla específicamente de las de nulidad y simulación. Jurisprudencialmente se ha acrecido el ámbito de aplicabilidad de esta acción revocatoria, libertándola de la condición de que el deudor haya hecho cesión de bienes o haya sido concursado, a que en un principio se la sometió con excesivo ceñimiento a los términos literales del artículo 2491 del C. C., pero conservándole sus condiciones esenciales de ejercicio, que por lo que concierne a los actos a título oneroso son a más de la calidad de acreedor, el *eventus damni* y el *consilium fraudis*, esto es, que el acto ejecutado por el deudor debe causar un perjuicio cierto, para que así surja en el demandante el interés jurídico indispensable para el ejercicio de toda acción judicial, y que tal acto haya sido el resultado del entendimiento del deudor con un tercero a efecto de defraudar al acreedor. En sentencia de fecha 26 de agosto de 1938 (G. J., tomo 47, pág. 61), dijo la Corte:

“... Pero podría preguntarse si la acción pauliana se refiere exclusivamente a los dos casos contemplados en el artículo 2491 del C. C. y la respuesta a este punto es negativa. Fuera de estos casos existen otros, tanto por disposición expresa de la ley, como por estas deducciones de la jurisprudencia. La generalidad de los actos, como lo sostiene Demogue (*Traité des Obligations en general*, tomo VII) pueden ser atacados por la acción pauliana y esta acción se admite respecto de los actos patrimoniales. Por aplicación de este principio puede existir esta acción respecto de un arrendamiento prolongado, contratado por el deudor, como arrendador; el aporte de bienes a una sociedad para hacer escapar bienes del deudor

aportante a la persecución de los acreedores; la opción verificada por el deudor, un pacto de indivisión entre los coherederos, una caución ya personal, ya real.

“Como aplicaciones del principio fundamental de la ley pauliana, o sea el de resguardar a los acreedores contra la mala fe de su deudor, existen acciones expresas en la ley colombiana, por ejemplo estas: la acción rescisoria de los acreedores que gocen del beneficio de separación, sobre las enajenaciones hechas por los herederos dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión y que no hayan tenido por objeto hacer pagos de créditos sucesorales (artículo 1441). La nulidad de los actos dispositivos verificados por el quebrado en detrimento de sus acreedores dentro de cierto tiempo anterior a la quiebra (artículo 162 y 163 del C. de Co.); el derecho de los acreedores del usufructuario para oponerse a la cesión o renuncia del usufructo (artículo 862 del C. C.); el derecho de los acreedores de sustituir a un deudor que repudia una herencia, donación o legado, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual (artículo 1451 y 1295 *ibidem*); y el pago considerado como nulo, hecho a un acreedor en fraude de los demás acreedores (artículo 1636).

“¿Cuál es el fundamento jurídico de esta acción? Observa Demogue que aun cuando el Código Civil francés (y lo mismo ocurre con el colombiano), no habla de esta cuestión, la jurisprudencia en casos muy numerosos reconoce a los acreedores ciertas acciones contra los terceros cómplices de la violación de un contrato, por uno de los contratantes. Esto es lo que se denomina hoy en la técnica “responsabilidad del tercero cómplice de la violación de una obligación contractual”. Y se funda en el principio romano *fraus omnia corrumpit*, por dos aspectos: a) Por el concierto fraudulento del tercero con un deudor para evitar que éste cumpla una obligación contractual, y b) Porque ese concierto viola la norma general por la cual los bienes del deudor son prenda genérica de los acreedores. Sobre estas bases la teoría de la responsabilidad del tercero cómplice se sintetiza diciendo que el tercero que ha tenido conocimiento de que un deudor al contratar con él tiene por objeto violar un contrato y el tercero se presta a esto, es responsable de esta falta y de esta conclusión se ha llegado por vía de doctrina a esta otra: el acreedor burlado en sus derechos en virtud de un pacto simulado entre el deudor y un

tercero y que le haga imposible la persecución de una cosa, puede dar perjuicios, no solo al acreedor, sino al tercero cómplice. La regla moral en las obligaciones civiles, tan profundamente estudiada por Ripert, da base más que suficiente a las conclusiones anteriores, que se apoyan en textos del Código Civil colombiano. En efecto: el que contrata con alguien en forma de adquirir derecho a exigir una prestación, si ésta es personal, procede sobre la base de la citada prenda genérica de los bienes de cada cual para responder de sus obligaciones. Si ese deudor, coludido con un tercero, distrae sus bienes de esa persecución, el tercero queda expuesto a las pretensiones del acreedor, por obrar de esa mala fe, la que no puede ser excusa a que el acreedor obtenga que su contrato se cumpla como corresponde al artículo 1602 del C., o a que, en su caso, se le indemnice.

“Para explicar la responsabilidad del tercero cómplice, según observa el autor citado, como también Jossierand y Ripert, es necesario establecer que este tercero ha obrado con conocimiento de causa y que al obrar así ha atentado contra el derecho del acreedor. La responsabilidad del tercero supone, pues, un acto ilícito en el sentido objetivo y debe ser un acto positivo llevado a cabo con conocimiento de causa. En definitiva, la responsabilidad del tercero está condicionada por el hecho de su colusión o mala fe con el deudor para hacer salir fingida o realmente del patrimonio de éste sus bienes, acciones o derechos y trasladarlos al patrimonio del tercero para que así los acreedores no puedan hacer efectivos sus derechos. La mala o principio *consilium fraudis*, entre deudor y tercero aparece aquí dando base e indica la razón de ser de esta responsabilidad”.

En completa armonía con estos principios de doctrina jurídica están las consideraciones motivadas y la solución de la sentencia acusada, que negó la procedencia de la acción, como se vio al hacer su contrato, por estimarla inaplicable al caso que describe la demanda, sino porque después del estudio probatorio del proceso concluyó que respecto a la condición esencial del entendimiento fraudulento entre Muriel y Ospina, el *consilium fraudis*, “no se ha aducido la más leve prueba, ni se ha firmado siquiera esa circunstancia por el demandante”. La acción pauliana, en realidad no se enreza contra el deudor, sino contra el tercero que causahabiente a título singular de éste, y por tanto es necesario demostrarle con plenitud probatoria, a base de hechos positivos, su colusión o mala fe para poder dar base moral y jurídica al

desconocimiento de su derecho. En manera alguna ha desvirtuado el recurrente la aludida razón fundamental de la sentencia, y muy lejos está su demanda de la demostración y explicación que el tecnicismo legal del recurso exige para la alegación adecuada de los errores en el juicio probatorio del sentenciador. Por el contrario, afirmando que Correa no ejercita la acción pauliana con base en su calidad de acreedor niega uno de sus elementos constitucionales, el primordial, porque en cualquiera de los distintos casos legales en que procede esta acción, la condición de acreedor, plenamente demostrada, es requisito esencial que constituye la raíz del interés jurídico que legitima su uso y le da procedencia.

No incurrió el Tribunal en interpretación errónea de los artículos 1873 y 1874 del C. C., porque en sus disposiciones no se apoya ninguno de los extremos de su fallo, ni en su doctrina buscó solución para ninguno de los problemas de la litis. Al primero aludió de manera incidental probablemente por referirse a la última petición subsidiaria de la demanda sobre prevalencia del título del demandante sobre el del demandado Ospina, y en su alusión no hay ningún desacierto porque de acuerdo con él, si el pleito versara sobre tal, el derecho del comprador por la escritura 373, a pesar de su posterioridad, es prevalente sobre el de la escritura 704, por haberse verificado primeramente la tradición en favor de aquél. Y por lo que concierne al artículo 8º de la ley 153 de 1887, los hechos invocados como base de la acción ejercida en este juicio no dan lugar para su invocación ni para su aplicabilidad, en forma que resulta imposible su quebranto por falta de aplicación.

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 Medellín el 11 de julio de 1947, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — FACULTAD DEL SENTENCIADOR PARA APRECIAR LA FUNDAMENTACION DE UN DICTAMEN PERICIAL

El Tribunal no pasó por alto el dictamen de la segunda instancia, el que analizó. Lo que ocurre al respecto es que no se ajustó a la opinión de los peritos según la cual sí hubo depreciación de las fincas. La fundamentación de un dictamen se aprecia por el sentenciador con la amplitud que le conceden las pertinentes disposiciones legales, entre las cuales resulta la prevalencia de su propio criterio que quedaría suplantado por el de los peritos si las opiniones de éstos le fueran obligatorias.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Daniel Góngora demandó al Municipio de Ibagué para que como civilmente responsable de los daños causados en las casas de aquél ubicadas en esa ciudad por la inundación de aguas de una alcantarilla pública atascadas, se le condenara a la consecuencial indemnización; y el Juzgado 2º Civil de aquel Circuito cerró la primera instancia con fallo que declara la culpa y la responsabilidad del Municipio y, absteniéndose de reconocer perjuicios morales, lo condena a pagar los materiales en cantidad de \$ 1.270.00. Apelado el fallo por ambas partes, el Tribunal lo confirmó en el de 5 de diciembre de 1947, contra el cual el demandante interpuso el recurso de casación que hoy se decide.

El Tribunal no niega que una indemnización de perjuicios ha de extenderse a los de orden moral; pero, obviamente, cuando los haya; y por no hallarlos en el presente caso se abstuvo de ordenar se indemnicen. Para estimar los perjuicios materiales en dicha cifra acogió el dictamen pericial que obró en el Juzgado.

Allí los peritos opinan que no hubo depreciación de los inmuebles porque la construcción no sufrió y, pasada la inundación y secos pisos y paredes, las cosas quedaron como antes. Así se abs-

tuvieron de valorar este elemento que figuró desde el principio entre los que el demandante relata como constitutivos de los perjuicios de este orden.

En la segunda instancia, insistiendo en el precio, solicitó y obtuvo como prueba avalúo pericial de este sumando, y los expertos conceptuaron que sí hay depreciación para ante el público en el evento de una compraventa y, tomando las cosas desde el punto de vista comercial, señalaron como valor de esa depreciación la cantidad de \$ 1.500.00. El Tribunal no acogió este último concepto y por lo mismo, no accedió a agregar esa última cantidad a la de \$ 1.270, a que el primitivo avalúo había llegado juntando los demás sumandos aludidos, que fueron los daños de muebles y enseres, los de las alcantarillas de las casas, los de muros y pinturas, así como la pérdida de uso de la parte baja de la primera casa y la pérdida de uso de la segunda casa, partidas estimadas en su orden, en \$ 120, \$ 600, \$ 250, \$ 150 y \$ 150. De ahí los \$ 1.270.

El Tribunal compartió la opinión del Juez sobre que no se produjeron perjuicios morales indemnizables y por esto confirmó la negativa pronunciada al respecto en la primera instancia.

El recurrente formula tres cargos que, resumidos, son:

1º—El Tribunal desestima el peritaje de la segunda instancia que, sobre la base de haberse depreciado las casas, avalúa esta partida en \$ 1.500.00. Incurre así en error de derecho y de hecho en la apreciación de esta prueba: de hecho por no tenerla en cuenta y de derecho porque el dictamen inobjeto y fundado es plena prueba. De tales errores se desprende el quebranto de los artículos 2341, 2343 y 2347 del C. C. que establecen el cargo de quien ha causado un daño la obligación de repararlo, y del artículo 1613 ibídem, en cuanto a la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante en su totalidad.

2º—Al abstenerse de reconocer perjuicios morales y de decretar su indemnización, el Tribunal violó esas disposiciones legales, tanto por no interpretarlas cabalmente, cuanto por los antedichos errores en apreciación de pruebas, porque el d-

dictamen pericial practicado antes él demuestra que los hubo y fija su monto.

Al no acoger ese dictamen incurrió en tal violación de leyes sustantivas tanto por desconocer los perjuicios morales cuanto por negar en los materiales la depreciación de las fincas.

3º—Violación del artículo 95 del C. Penal porque, aun en el supuesto de no haber habido sino perjuicios morales subjetivos, la falta de su valoración por los peritos debió suplirse con la aplicación de esta disposición legal.

La demanda de casación al final insiste sobre la existencia de perjuicios morales, observando que, bien es evidente que los hay cuando el patrimonio social se lesiona, no puede negarse que está compuesto por una serie de bienes intangibles entre los cuales figuran la tranquilidad, la comodidad y la seguridad familiares, gravemente afectadas en el presente caso; de modo que aun restringiendo el concepto de perjuicios de ese orden en la forma a que acaba de aludirse, ello es que sí los hubo.

Se considera:

El Tribunal no pasó por alto el dictamen de la segunda instancia, el que analizó. Lo que ocurre al respecto es que no se ajustó a la opinión de los peritos según la cual sí hubo depreciación de las fincas. La fundamentación de un dictamen se aprecia por el sentenciador con la amplitud que le conceden las pertinentes disposiciones legales, entre las cuales resalta la prevalencia de su propio criterio que quedaría suplantado por el de los peritos si las opiniones de éstos le fueran obligatorias.

El verdadero problema consiste, no en cuánto valen los perjuicios producidos por una depreciación, sino en algo más fundamental, como es si se deprecia se produjo. Al expresar los fundamentos de su dictamen unos peritos opinaron que no ha habido deprecio y los otros opinaron que sí. El Tribunal, libre para aplicar su propio criterio hasta obligado a emplearlo, no erró en manera alguna al optar por la negativa, como pudo haber sucedido lo contrario. Nótese que, siendo esta la situación del caso, no se está ante el artículo 21, ni ante el 722, sino ante el 723 del C. J.

Se justificaría el cargo de error si hubiera habido pruebas de la existencia del deprecio causado por la inundación y el Tribunal hubiera dejado de considerarlas o las hubiera valorado indebidamente; pero acerca de este renglón de los perjuicios materiales de que se queja el demandante no

hay tales pruebas distintas de la mera opinión de los peritos de la segunda instancia.

La comisión redactora del proyecto que vino a ser la ley 105 de 1931, dijo: "El artículo 723 del proyecto atribuye al Juez la apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial en cuanto a lo que presumen los peritos, siguiendo las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta las condiciones de los expertos, su imparcialidad, la confianza que merezcan de las partes y la mayor o menor certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen. Acepta, por tanto, el proyecto la doctrina consignada en el artículo 80 de la ley 105 de 1890 y se aparta de la regla establecida en el artículo 770 de la ley 103, que le da fuerza obligatoria al dictamen pericial en el pleito en que se produce, porque hemos considerado en atención a los constantes y graves errores en que se suele incurrir en materia de inferencias y presunciones por extraordinaria que sea la competencia del perito, que dicha regla aplicada en toda su amplitud daría lugar a fallos desacertados e injustos, en lo cual está de acuerdo la opinión casi unánime de distinguidos Magistrados y eminentes jurisconsultos".

Cuanto a perjuicios morales, se observa: es indiscutible que la incomodidad y aun amenazas de una inundación de la casa que uno habita mortifica y desazona; pero también lo es que no toda contrariedad tiene de suyo la categoría de perjuicio moral que obligue a indemnización o le dé base.

En varios fallos de enumeración innecesaria la Corte uniformemente ha expuesto y sostenido las tesis a que se han ajustado las sentencias de instancia en el presente pleito en lo relativo a esa indemnización. Es de citarse como ejemplo la de esta Sala de 14 de agosto de 1944 (G. J., Tomo LVIII, págs. 508 a 513) donde se lee:

"Es cuestión reconocida y corriente en jurisprudencia y doctrina, como fruto del criterio objetivo y realista que debe primar en cuestiones indemnizatorias, que para que el daño pueda ser fuente de reparación debe ser cierto, esto es, corresponder a una realidad positiva, apreciable y no significar simplemente mera posibilidad edificada sobre suposiciones e hipótesis, lo cual, como es obvio, no excluye la indemnización del perjuicio futuro propiamente dicho, o sea, el que lógica y ciertamente habrá de causarse como consecuencia de un hecho cumplido, sin ninguna incertidumbre".

La sentencia que se está citando se refiere en seguida a la de la Sala de Negocios Generales de 20 de noviembre de 1943, de la cual transcribe algunos pasajes, entre ellos este:

“Y revisando la doctrina universal, obsérvase que Von Tuhr proclama que: ‘entendemos por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecten el patrimonio, y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada’. (Este último es el caso del daño moral del cual esta Sala se ha ocupado en diferentes y ya bien conocidos fallos para buscar la manera de compensarlo)”.

De lo dicho hasta aquí se deduce la improcedencia de los cargos. Formulados todos dentro del motivo primero del artículo 520 del C. J., consisten, pues, en violación de leyes sustantivas, las que el recurrente señala como atrás se vió. La violación, según él, es tanto directa como indirecta. Esta, o sea la determinada por errores en la apreciación de pruebas, no existe, porque el Tribunal no incurrió en ellos; y esotra tampoco, porque, como queda visto también, ninguna de esas disposiciones sufrió aplicación indebida o falta de aplicación ni se interpretó con desvío. Tomándose como punto de partida la culpa y responsabilidad consecencial del Municipio, temas acerca de los cuales no ha habido lugar a estudio ante la Cor-

te, el Tribunal llegó a lo que en los pleitos de esta clase corresponde, a saber: condena a reparar el daño comprobado y se deniega a decretar indemnización de los que no lo fueron. Se dice que sobre culpa y responsabilidad no ha habido lugar a estudio de esta Sala, porque es recurrente único el actor y porque, como sobra advertirlo, no prosperando el recurso, la Sala no tiene oportunidad de dictar sentencia de instancia y ha de limitarse al análisis de los cargos del recurrente.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

**Gabriel Rodríguez Ramírez.** — **Pedro Cástilla Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvarado Leal Morales.** — **Hernán Salamanca.** — **Manuel José Vargas.** — **Pedro León Rincón,** Secretario de propiedad.

## TECNICA DE CASACION

Sólo por las vías del error cuya nitidez excluye el libre acceso de las opiniones individuales que respecto de las probanzas cada cual llegue a formarse, puede la Corte variar dentro de este medio extraordinario (recurso de casación) las estimaciones que en segunda instancia hayan recaído sobre el material de decisión; el simple enunciado de circunstancias que en sentir de quien las alega han debido presidir la operación intelectual del Juez, como indicativo de un camino más lógico o por cualquier otro aspecto mejor que el adoptado por el Tribunal apenas si denuncia el criterio que la parte recurrente habría seguido si, puesta en el lugar de aquél, hubiera solucionado el pleito. El recurrente ni siquiera encaja en alguno de los dos géneros de yerro ya nombrados la falla que imputa a la sentencia pretendiendo la prosperidad del recurso a base de que la Sala encuentre mejor que la del juzgador de segunda instancia la valoración y justiprecio que él asigna al acervo probatorio, olvidando que ese simple cotejo de opiniones no es cauce apto para el recurso, cuya prosperidad depende de errores evidentes de hecho o de claros vicios de ilegalidad en la estimación de las pruebas, circunstancias que no se destacan en el caso presente.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

Los hechos en que Juan N. Chalarca, demandante en este pleito, ha fundado su acción se sintetizan como sigue:

Ana Rita Loaiza ocupó un solar ubicado en Medellín cuyas especificaciones contiene la demanda; poco tiempo después Angel M. Loaiza, hermano de Ana Rita, levantó sobre el terreno una edificación con el expreso consentimiento de ésta quien luégo desposeyó a su hermano de la dicha edificación prohibiéndole la entrada a ella; el actor Chalarca, según escritura pública número tres mil uno

pasada el primero de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro en la Notaría de Medellín, adquirió de Angel M. Loaiza el derecho que éste pretende tener respecto de Ana Rita por razón de las circunstancias expuestas.

Con ese título se propuso el presente pleito ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín para que se condene a la dueña del solar a pagarle al demandante el valor de la edificación o a venderle el terreno, previa declaración del dominio del demandante sobre el edificio que según él construyó.

Con la sentencia del veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco se puso fin al primer grado del pleito en sentido absolutorio para el demandado, decisión que confirmó el Tribunal Superior cuando, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra ella por el actor, pronunció el fallo fechado el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Contra éste ha recurrido en casación el demandante, y agotados como se hallan los trámites correspondientes, se procede a resolverlo.

Del examen probatorio adelantado por el Tribunal sobre los elementos de convicción aducidos por el actor, dedujo que éste no logró demostrar con la prueba testimonial que al efecto trajo, ni con la escritura en que consta el contrato con su causante que éste edificara a sus expensas la casa de que se trata; por otra parte no halló prueba del dominio de la demandada sobre el solar en donde se levantó la construcción; tal el fundamento de la sentencia recurrida.

Contra ésta propone el demandante la acusación de ser violatoria de los preceptos sustanciales contenidos en los artículos 739, inciso 2º, 966, 1613, 1614 y 1617 del C. C. como consecuencia de la errónea apreciación de todas las pruebas allegadas al expediente.

El yerro, en cuanto al extremo principal y originario de toda la gestión actora o sea el hecho de ser el demandante realmente quien a su costa levantó la edificación lo expone el recurrente como sigue:

“A folios 4 vto. y ss. del cuaderno de pruebas del actor exponen varios testigos, así: Luis y Mar-

co A. Chalarca dicen que el señor Angel M. Loaiza acometió la construcción de que se trata sobre el suelo de su hermana Ana Rita y con el consentimiento de ésta; y agregan que ese hecho les consta directa y personalmente, por haber sido obreros que intervinieron en la construcción y porque los trabajos se los pagaba el señor Angel María Loaiza y no otra persona. La demandada no probó, no podía probar, que le dio el dinero a su hermano para esa construcción.

“La declaración que se viene analizando en cuanto se refiere a Luis Chalarca, no puede decirse que sufra ningún menoscabo en relación con su fuerza probatoria, por las objeciones que dio este testigo a las preguntas que se le hicieron; la primera pregunta se refiere a la propiedad del lote, a la cual contestó que por informes sabía que era de la demandada; esta solución que da esa pregunta en nada afecta el valor probatorio de su declaración, porque, como ya se vio, la cuestión del dominio en este pleito ocupa un plano de orden netamente secundario; la solución a la segunda pregunta que se relaciona con la propiedad del dinero invertido en la edificación, es perfectamente lógica, ya que apenas es natural que el dinero con que le pagaba Loaiza el servicio que prestaba en una construcción que se estaba haciendo por cuenta de éste, fuera de su propiedad; en la tercera pregunta el testigo da una solución, de la cual tampoco se puede deducir que el dinero fuera de propiedad de la demandada; en cambio, claramente expresa que el pago de los servicios lo hacía directamente el señor Loaiza y en ningún momento lo hizo la señorita Ana Rita, ni aparece que hubiera dado el dinero.

“Más o menos, en el mismo sentido se expresan los testigos Félix Enrique Aguirre, Ernesto Hincapié, Joaquín Chalarca, Ignacio Cano T. y Arturo Ruiz. Al tenor de estas exposiciones, es incuestionable la existencia del hecho, en orden a la edificación, a expensas del señor Angel M. Loaiza. Ahora bien: la escritura 3001 de fecha y procedencia ya citadas, en virtud de la cual Loaiza transfiere al señor Chalarca, el derecho del crédito que tiene sobre aquellas mejoras, es prueba vigorosa que respalda en forma perfecta los derechos de mi poderdante, sobre esa misma edificación. En su favor existe la presunción de dueño de ese crédito, y es por esa razón por la que se debe reputar como tal mientras ella no se haya destruido y esté vigente”.

Este análisis contrapuesto a la breve crítica probatoria del Tribunal no es bastante por sí mismo

para evidenciar en aquélla error de hecho o de derecho; no se observa discrepancia alguna entre la verdad formal que acreditan los autos y la realidad de que partió el sentenciador para aplicar las normas de derecho a la situación subjetiva de demandante; tampoco halla la Sala, ni al parecer el mismo recurrente, que, al hacerlo, se diera algún elemento probatorio mérito diferente de lo previsto por la ley; al examinar las declaraciones rendidas en el juicio por los varios testigos citados por Chalarca, enfrentándolas a las aducidas por la parte reo, según las cuales Angel María obró como recomendado de su hermana en cuanto a la construcción dicha, el Tribunal aplicó su criterio soberano de apreciación probatoria a cuya exactitud debe atenerse el Juez de casación mientras no se destruya por las vías legales conducentes al recurso.

Otro tanto ocurre con la escritura pública que da fe del negocio celebrado por Loaiza con Chalarca; el Tribunal no deja de darle el valor que tiene como instrumento público ni se aparta de lo en él estipulado para desconocer la compraventa celebrada; pero, como es obvio, no podía otorgarle la calidad de presunción que ahora reclama el recurrente respecto de la propiedad del enajenante sobre la cosa contratada porque ello equivaldría a oponer el pacto a Ana Rita Loaiza quien es un tercero ajeno por entero a la negociación.

Sólo por las vías del error cuya nitidez excluye el libre acceso de las opiniones individuales que respecto de las probanzas cada cual llegue a formarse, puede la Corte variar dentro de este medio extraordinario las estimaciones que en segunda instancia hayan recaído sobre el material de decisión; el simple enunciado de circunstancias que en sentir de quien las alega han debido presidir la operación intelectual del Juez, como indicativo de un camino más lógico o por cualquier otro aspecto mejor que el adoptado por el Tribunal apenas si denuncia el criterio que la parte recurrente habría seguido si, puesta en el lugar de aquél, hubiera solucionado el pleito. El recurrente ni siquiera encaja en alguno de los dos géneros de error ya nombrados la falla que imputa a la sentencia pretendiendo la prosperidad del recurso a base de que la Sala encuentre mejor que la del juzgador de segunda instancia la valoración y justiprecio que él asigna al acervo probatorio, olvidando que ese simple cotejo de opiniones no es cauce apto para el recurso cuya prosperidad depende de errores evidentes de hecho o de claros vicios de ilegalidad.

lidad en la estimación de las pruebas, circunstancias que no se destacan en el caso presente.

Por esta viciosa configuración del cargo formulado sobre las pruebas aducidas por Chalarca para demostrar que su vendedor construyó la edificación ya aludida, no puede prosperar haciendo inoficioso el axamen del otro cargo, expuesto conjuntamente con el otro, sobre la prueba del dominio de Ana Rita Loaiza, comoquiera que descalificada la legitimación para obrar en el demandante huelga el estudio de la del demandado.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA, la sentencia materia del presente recurso, o sea la proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas por no aparecer causadas.

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

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

## ACCION DE RESTITUCION DE UNOS SEMOVIENTES Y DE SUS FRUTOS. — INAPLICABILIDAD A LA CRITICA DE LA CONFESION DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE CRITICA DE TESTIMONIOS

No es lícito confundir jurídicamente la prueba de testigos con la confesión aunque ambas tengan su origen en el dicho del hombre; la primera sólo se realiza cuando emana de un tercero ajeno a la contienda, al paso que la segunda siempre es obra de alguno de los litigantes contra su propio interés, características éstas que no se pierden ni desvanecen cuando los testigos son el vehículo por el cual se introduce en el juicio la prueba de confesión.

En este último caso se está en presencia de una modalidad de esta probanza regulada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del C. J., y en su mérito demostrativo por el artículo 608 *ibidem*, normas estas bastantes para alejar por entero de la crítica relativa a dicha prueba las bases dadas por la ley para la testimonial comoquiera que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez.

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

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Leal Morales)

En demanda propuesta ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo Leonilde y Ana Silvia Victoria demandaron por la vía ordinaria a Miguel Antonio Piedrahita a fin de que éste fuera condenado a restituirles cuatro novillonas “que hace veinte años se encontraban en poder del demandado y los partos y post-partos resultantes”.

Los hechos en que fundaron su pretensión son, en síntesis: desde la época ya mencionada Piedrahita a nombre de la madre natural de las demandantes vendió a Joaquín Cáceres una máquina de coser en la suma de cuarenta pesos con la cual, y con un excedente de ocho pesos donado por un tercero a Leonilde y Ana Silvia, compró al Presbítero Pedro Pablo Martínez cuatro novillonas las cuales continuaron en poder del demandado, con los frutos naturales del caso, a pesar de los requerimientos enderezados a su restitución.

El Juez de Roldanillo decidió la primera instancia del pleito en sentencia fechada el quince de junio de mil novecientos cuarenta y seis; en dicho fallo condenó al demandado a la restitución de dos novillonas de las cuatro reclamadas, con el valor de sus frutos, deducido el de la administración de los semovientes.

Apelada esta solución el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la revocó en sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, absolutoria de la parte reo; contra ella se interpuso el medio extraordinario de impugnación que hoy se decide.

El Tribunal encontró ineficaz la prueba testimonial aducida por el actor en los siguientes términos:

“En efecto, ninguno de los tres declarantes, ni Carmen Rosa Arana, Climaco Perea, Aurelia Mena, ni Eliseo Mejía, declaran sobre el hecho positivo de haber sido testigos presenciales de la compra de tales semovientes al Presbítero señor Pedro Pablo Martínez; ni menos haber hecho tal compra por cuenta de las demandantes, pues solamente afirman haber oído de labios del mismo Piedrahita expresiones referentes al hecho impreciso de tenerles a las demandantes un número de semovientes que ninguno de los testigos pudo saber cuál sería, ni en qué tiempo lo hubiera adquirido por cuenta de ellas. De manera que de la lectura de tales declaraciones lo que ha debido deducir el Juez de primera instancia al apreciar dichas declaraciones, es que ellas constituyen una plena prueba sobre el hecho de haber oído los mismos testigos expresarse a Piedrahita sobre el asunto de los semovientes; pero en ningún caso, aceptarlas como prueba del hecho del cual pretenden las demandantes originar la obligación demandada; y menos darle el valor que le da a la declaración de referencia de la testigo Carmen Rosa Arana (artículo 699 del C. Judicial)”.

Contra este análisis probatorio, y la consecuencia absolutoria ya indicada, presenta el demandante tres cargos expuestos en cuatro apartes y que se reducen todos a la violación de los artículos 1605 y 751 del C. C. a consecuencia de “error de hecho” generado en la transgresión del artículo 698 del C. J., relativo a la prueba testimonial, en la del artículo 699 del mismo estatuto que aplicó

indebidamente, y del artículo 595 que, dejó de aplicar.

El recurrente dice que el quebranto de los preceptos sustanciales por él citados fue directo, enunciado contradictorio con los términos de sus quejas que textualmente, y por ser consecuencia de errores probatorios según las actoras, no puede haberse obrado por la senda que éstas le trazan; toda la presentación de los cargos, de los cuales, los dos primeros se examinarán conjuntamente, destaca la más completa falta de técnica por parte del acusador quien no distingue claramente el error de hecho del de derecho, y considerará posible el desplazamiento de los conceptos positivos y negativos que envuelve la aplicación indebida hacia las normas meramente reguladoras del mecanismo o del mérito probatorio.

Omitiendo la consideración de estas fallas que no alcanzan a comprometer el fondo de la acusación, se considera:

El artículo 698 del C. J., relativo a la prueba testimonial sobre hechos muy antiguos, y a la de la fama pública es por todo concepto extraño a la prueba aducida en el presente caso: los declarantes citados por la parte actora no deponen sino sobre expresiones del demandado según las cuales admitió ante los deponentes circunstancias vagas que dentro de su imprecisión concuerdan parcialmente con las relatadas como título de la acción; no es lícito confundir jurídicamente la prueba de testigos con la de confesión aunque ambas tengan su origen en el dicho del hombre; la primera sólo se realiza cuando emana de un tercero ajeno a la contienda, al paso que la segunda siempre es obra de alguno de los litigantes contra su propio interés, características éstas que no se pierden ni desvanecen cuando los testigos son el vehículo por el cual se introduce en el juicio la prueba de confesión.

En este último caso se está en presencia de una modalidad de esta probanza regulada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del C. J., y en su mérito demostrativo por el artículo 608 *ibidem*, normas éstas bastantes para alejar por entero de la crítica relativa a dicha prueba las bases dadas por la ley para la testimonial comoquiera que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez.

Estas mismas reflexiones son valederas respecto del artículo 699 del C. J. que el Tribunal erróneamente creyó aplicable a las pruebas producidas en el pleito, vicio que aunque en realidad ocurrió no

basta para infirmar el fallo comoquiera que la solución permanecería inalterable por no ser lícito a la Corte modificar la apreciación que del dicho de los testigos hizo el Tribunal, y porque aunque ello fuera posible la pobreza de tal prueba es obstáculo insuperable para la prosperidad de la acción.

En cuanto al otro cargo que descansa sobre la inaplicación del artículo 595 del C. J., respecto de los testigos presentados por el demandado, se observa que siendo ineficaces las pruebas fundamentales de la acción huelga el examen de la relativa a las excepciones invocadas por el demandado ya que la actuación de la ley a su favor, tiene lugar aún sin necesidad de estímulo por su parte, con el solo insuceso de la gestión actora.

Pero aún no reparando en estas razones elementales se tiene que el dicho cargo carece de toda solidez pues se sostiene en la afirmación de que el Tribunal estimó las probanzas traídas por el reo a pesar de que versan sobre el hecho negativo de que los semovientes en cuestión no estuvieron ni están en su poder al título que las demandantes señalan; cree el recurrente que así se transgredió el citado artículo 595 conduciendo a la violación de las ya mencionadas normas del C. C.

No es exacto este punto de vista porque el hecho negativo a que se refieren los testigos se apoya en la afirmación del hecho positivo consistente en la propiedad exclusiva del demandado sobre todos los semovientes que han estado en su poder; por otra parte la apreciación de tales pruebas no es fundamento de la sentencia recurrida la cual apenas se refiere a ellas como argumento colateral que robustece innecesariamente la decisión absoluta surgida de la inanidad de los elementos allegados por las demandantes como medios de convicción.

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

Sin costas por no aparecer causadas.

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

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

ACCION REIVINDICATORIA. — REQUISITOS PARA QUE LA PARTICION DE BIENES SUCESORALES SIRVA DE TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO DEL CAUSANTE A SUS HEREDEROS. — OBJETO DE LAS DISPOSICIONES DE LOS ARTICULOS 214 Y 215 DEL C. J.

1.—Para que la partición de bienes sucesorales y la sentencia que la aprueba surtan sus efectos de servir de título traslativo de dominio del DECUJUS a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y puedan ser estimados, como plena prueba en juicio, es imprescindible que tanto la una como la otra sean registradas, como lo mandan los artículos 2652, numeral 6º, 2654 y 2662 del Código Civil, y que la inscripción se haga en el Libro de Registro de Causas Mortuorias, conforme lo dispone el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener origen dichos actos en juicio de sucesión.

Esta inscripción, que puede llevarse a cabo en cualquier tiempo como lo permite el artículo 3º de la ley 39 de 1890, se verifica preferencialmente en vista del mismo expediente; pero si los lugares correspondientes están distantes o se presentan dificultades de cualquier género, puede hacerse mediante la presentación de las respectivas hijuelas expedidas por el Notario en cuya oficina se hizo la protocolización del proceso, según lo prescribe textualmente el inciso 3º del artículo 967 del C. J.

2.—Como lo ha dicho la Corte, los artículos 214 y 215 del C. J. persiguen la finalidad de que “antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor ‘queda exento de la demanda’; y

del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor” (G. J. T. 45, pág. 646, sentencia de 20 de octubre de 1947).

3.—La circunstancia de que en este pleito los demandados hubieran dejado transcurrir el término de traslado sin contestar la demanda; no sitúa el caso fuera del alcance del artículo 214 citado, ya que —a juicio de la Corte— ese precepto es aplicable no sólo en el evento de que el demandado, a quien se le asigna la condición de poseedor, conteste la demanda sin desconocer expresamente el hecho que se le imputa, sino también en el caso de que no la conteste, pues la ley le impone a aquél el cumplimiento de un deber de lealtad para con su contraparte, cual es el de expresar que no tiene la cosa en su poder, cuando esto ocurra; y le brinda una oportunidad para cumplirlo, que es durante el término de contestación de la demanda; cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, y el demandado se hace consecuentemente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar la propiedad.

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

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda)

María Edelmira Tascón de Núñez propuso juicio ordinario contra Elba Carlota, Eduardo Estelio, Lucio Antonio, Elvira, Ruth, Marina, Libia, Julio Ernesto, Anazorena, Gabriel, Carlos y Bernardino Tascón, para que en sentencia definitiva se declare que le pertenecen a la demandante dos cuotas o derechos por valor de \$ 110.00 y \$ 130.00, radicados en dos lotes de terreno, en el indiviso de Guabas, del municipio de Guacarí, avaluados en \$ 330.00 y \$ 380.00, y con una extensión de once y de nueve y media plazas, respectivamente, cuya determinación hizo en el hecho 10 de la demanda; que los demandados deben restituírle esos derechos, junto con los frutos percibidos a partir de la demanda.

La demandante afirmó que en el juicio de sucesión de su madre legítima María Leonor Reyes de Tascón le fueron adjudicados los derechos mencionados; que a los demandados se les adjudicaron en los juicios mortuorios de Eduardo Tascón y Elvira Tascón de Tascón, dos lotes de terreno, situados en el municipio de Guacarí, en el indiviso de Guabas, el uno con un área de 30 plazas y el otro de quince plazas, dentro de los cuales se encuentran comprendidos los predios de nueve y media y de once plazas que le fueron adjudicados a la actora en la sucesión de su madre, y que los demandados son los actuales poseedores de esos inmuebles.

Acogida y tramitada la demanda, el Juez del Circuito de Buga le dio término a la primera instancia con la sentencia de 7 de noviembre de 1945, por la que absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon.

Recurrido ese fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Buga lo reformó en sentencia de 11 de septiembre de 1946, decretando la reivindicación del aludido lote de nueve y media plazas y la consiguiente restitución de frutos a partir de la notificación de la demanda y absolviendo a los demandados de los cargos restantes, sin costas.

El demandado interpuso recurso de casación, el que ha sustentado en la oportunidad correspondiente, proponiendo contra la sentencia, en cuanto le fue adversa, los cargos que en seguida se consideran:

1º.—Sostiene, en resumen, el recurrente que el primero de los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, o sea la propiedad que al demandante debe asistir sobre la cosa reivindicada, no resulta demostrado en el proceso, pues ni de la hijuela que a la demandante se formó en el juicio sucesorio de Leonor Reyes de Tascón (fs. 3, 4 y 5,

cuaderno No. 1) ni del certificado del registrador del Circuito de Buga (folio 9, *ibidem*) aparece que la partición y la sentencia aprobatoria de la misma, hubieran sido registradas en el libro de causas mortuorias, como lo disponen los artículos 2654, 2662 y 2652, ordinal 6º, del Código Civil, y 38 de la ley 57 de 1887, por lo cual dichos actos no hacen fe en juicio al tenor del artículo 2673 del C. C.; que por consiguiente, al dar el Tribunal por probada la propiedad que alega la actora con fundamento en esos documentos, incurrió en error de hecho manifiesto o de derecho en su apreciación y violó con ello no sólo las disposiciones mencionadas sino también el artículo 669 del C. C., que define la propiedad, en cuya protección está consagrada la acción reivindicatoria.

Se considera:

Resulta de autos (fs. 3 a 6, cuaderno No. 1), que el juicio sucesorio de María Leonor Reyes de Tascón fue protocolizado en la Notaría 3ª del Circuito de Buga el diecisiete de diciembre de 1925, y que antes, el 25 de noviembre del mismo año, se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición, en los libros Nos. 1º y 2º de la Registraduría del Circuito mencionado. También consta que con anterioridad a la iniciación de esta controversia, a la demandante se le expidió copia notarial de la cuenta de partición y de la sentencia aprobatoria y que esa copia fue registrada el 21 de mayo de 1940 en el libro de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Buga, bajo la partida No. 19. En ese título, así expedido y registrado, basó la actora su demanda y el Tribunal lo estimó como plena prueba del derecho de dominio invocado en la demanda.

Considera la Sala que el sentenciador estuvo acertado en esa apreciación, y para ello se funda en las razones que a continuación se expresan:

Para que la partición de bienes sucesoriales y la sentencia que la aprueba surtan sus efectos de servir de título traslativo de dominio del **de cujus** a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y puedan ser estimadas como plena prueba en juicio, es imprescindible que tanto la una como la otra sean registradas, como lo mandan los artículos 2652, numeral 6º, 2654 y 2662 del Código Civil, y que la inscripción se haga en el Libro de Registro de Causas Mortuorias, conforme lo dispone el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener origen dichos actos en un juicio de sucesión.

Esa inscripción, que puede llevarse a cabo en cualquier tiempo como lo permite el artículo 3º

de la ley 39 de 1890, se verifica preferencialmente en vista del mismo expediente; pero si los lugares correspondientes están distantes o se presentan dificultades de cualquier género, puede hacerse mediante la presentación de las respectivas hijuelas expedidas por el Notario en cuya oficina se hizo la protocolización del proceso, según lo prescribe textualmente el inciso 3º del artículo 967 del C. J.

Si a la luz de los preceptos legales en cita se analiza la ocurrencia de autos, es evidente que resulta ineficaz la inscripción cumplida en noviembre de 1945, no sólo porque ella se concretó a la sentencia aprobatoria de la cuenta de partición sino también porque la anotación se hizo en los libros Nos. 1º y 2º, cuando debió serlo en el de Causas Mortuorias; pero no sucede lo mismo con la que se realizó en 1940, cuando ya se había protocolizado el expediente, sobre la copia notarial contentiva de la partición y de la sentencia aludidas, pues ésta es válida, desde luego que el registro se llevó a cabo en el Libro de Causas Mortuorias; que expresando la nota del Registrador de Buga que "la copia se registró" en dicho libro, racionalmente debe presumirse que la anotación comprendió las dos piezas en ella insertas; que esa diligencia podía cumplirse en cualquier tiempo; que estando protocolizado el expediente y no pudiendo éste sacarse de la respectiva oficina, por prohibirlo el artículo 2574 del C. C., existía una dificultad para verificar el registro con vista del proceso, por lo cual podía hacerse mediante presentación de la hijuela que expidió el Notario en cuyo despacho se hizo la protocolización.

Por tanto, habiéndose inscrito o registrado en debida forma el título en que se basa la demanda y haciendo él fe en juicio, al tenor de lo estatuido en el artículo 2673 del C. C., es notorio que el sentenciador no incurrió en los errores de hecho y de derecho que le imputa el recurrente ni en la violación consecuencial de las disposiciones que como quebrantadas se citan.

2º—Sostiene, en síntesis, el recurrente que el Tribunal decretó la reivindicación pedida, en cuanto a la cuota invocada por la actora en el lote de nueve y media plazas, contenido en la finca rural de treinta plazas, por haber aceptado como prueba de la posesión de los demandados las declaraciones de testigos y perito que en el cargo cita y analiza, incurriendo con ello en manifiesto error de derecho ya que no podía atribuírsele el mérito legal bastante para establecerla; que sin tales errores el Tribunal no habría hallado la

prueba de la posesión, y en consecuencia habría negado la reivindicación; que eso lo condujo a quebrantar los artículos 946, 952 y 981 del C. C. y el 697 del C. J.

Se considera:

El cargo es inconducente. En el caso de autos para que la reivindicación prosperara no era indispensable que el actor hubiera suministrado prueba plena y completa de que los demandados son los actuales poseedores del lote cuya restitución fue decretada, pues habiéndoseles atribuido por aquél la condición de poseedores en el hecho 14 de la demanda, si eso no era así, los demandados tenían el deber, que les impone claramente el artículo 214 del C. J. y que por ellos no fue cumplido oportunamente, de expresarlo en la contestación de la demanda, pues de lo contrario, por mandato de la misma disposición, al probar como ha probado el actor su propiedad, se hacen responsables de la cosa o de su precio, a menos que el demandante procediera con mala fe comprobada, sabiendo que ellos no eran los poseedores, y esa demostración no se ha traído al proceso.

Los artículos 214 y 215 del C. J. persiguen la finalidad, como lo ha dicho esta Sala, de que "antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor "queda exento de la demanda"; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor". (G. J. T. 45, pág. 646; sentencia de 20 de octubre de 1947).

Y en sentencia de casación de 19 de noviembre de 1934, se dijo: "Si al contestar la demanda, no hizo el demandado la reserva de que no era el poseedor, y en ese carácter se trabó la litis, debe responder de la cosa o de su precio, como imperativamente lo ordena el artículo 214 del C. J. (G. J. T. XLI bis, pág. 199).

La circunstancia de que en este pleito los de-

mandados hubieran dejado transcurrir el término de traslado sin contestar la demanda, no sitúa el caso fuera del alcance del artículo 214 citado, ya que —a juicio de la Corte— ese precepto es aplicable no sólo en el evento de que el demandado, a quien se le asigna la condición de poseedor conteste la demanda sin desconocer expresamente el hecho que se le imputa, sino también en el caso de que no la conteste, pues la ley le impone a aquél el cumplimiento de un deber positivo de lealtad para con su contraparte, cual es el de expresar que no tiene la cosa en su poder, cuando esto ocurra, y le brinda una oportunidad para cumplirlo, que es durante el término de contestación de la demanda; cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, y el demandado se hace consecuencialmente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar la propiedad.

No estando, por lo dicho, condicionada la prosperidad de este litigio a la demostración probatoria de que los recurrentes son los actuales poseedores de la cosa que se reivindica, el cargo resulta improcedente.

3º.—Dice el recurrente que el predio de nueve plazas y media cuya reivindicación fue decretada lo localizó la actora dentro del fundo de quince plazas y que el lote de once plazas lo ubicó dentro del predio de treinta plazas, según así lo expresa en los hechos 10 y 11 de la demanda; que habiéndose localizado de tal manera el lote de nueve y media plazas, no se probó su identidad, porque los peritos afirmaron que éste no se encuentra dentro del lote de quince plazas; que sin embargo, la sentencia, apoyándose en ese dictamen pericial, dio por probada la identidad, ubicando el predio de 9 y media plazas dentro del de treinta, porque como los peritos no lo hallaron donde lo localizó la actora en su libelo, es evidente que no se probó su identidad para que pueda decretarse la reivindicación; que en consecuencia, al atribuirle tal mérito demostrativo al experticio, el juzgador quebrantó los artículos 946, 949 y 669 del C. C.

Se considera:

De los términos del libelo no aparece, como lo afirma el recurrente como base de su alegación, que la actora haya localizado el lote cuya reivindicación fue decretada dentro del de quince pla-

zas. Los hechos fundamentales que tienen relación con este particular son los distinguidos con los números 10, 11 y 12, cuyo contenido, resumiéndolos, es el siguiente: en el marcado con el número 10, la demandante determina los lotes de once y nueve plazas y media; en el 11, suministra la ubicación y alinderación de los predios de 30 y 15 plazas, cuya posesión les asigna a los demandados; en el número 12, expresa que dentro de los lotes que describe y delimita en el punto precedente, están comprendidos e incorporados los lotes de 11 y 9½ plazas que le fueron adjudicados en la sucesión de su madre. Por ese resumen se ve que la actora no llegó a precisar en la demanda en cuál de los dos lotes poseídos por los demandados se encuentra ubicado el de 9½ plazas, por cuyo motivo el cargo falla por su base, desde luego que parte de un supuesto que no se acomoda a la realidad.

Por otro lado, en el término probatorio del pleito sí resultó debidamente demostrado, como lo sostuvo el sentenciador, que el lote de nueve y media plazas está ubicado dentro del de treinta y que la identidad de aquel quedó plenamente establecida, según lo constataron y afirmaron los peritos en forma categórica y unánime, mediante la observación del hecho sobre el terreno. Así puede verse en el dictamen pericial que obra a las páginas 10 y siguientes del cuaderno número 3, cuyo mérito probatorio —que es pleno al tenor del artículo 722 del C. J.—, no ha sido atacado o desconocido sino porque resulta justificando un hecho que en sentir del recurrente es distinto del aseverado en la demanda, circunstancia ésta que por lo antes apuntado, no es exacta.

Se rechaza 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 once de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

## INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

1.—La acción civil sobre reparación del daño causado por la comisión de una infracción, según el sistema adoptado en el C. de P. P., puede proponerse:

a) Por la persona o personas perjudicadas con la infracción, o sus herederos, dentro del proceso penal, constituyéndose tales personas parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de Instrucción. Tal se desprende de los artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del Código Penal.

Cuando así sucede, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción. (Artículo 25, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal).

b) La respectiva acción indemnizatoria puede proponerse oficiosamente por el señor Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción para fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido el interesado. (Artículos 93 y 294 citados).

En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados; si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indemnización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2º).

c) Mas si los interesados no se han hecho parte civil y los funcionarios no han cumplido su mencionado deber y la sentencia condenatoria no ha atendido, por lo mismo, a la reparación, no siendo jurídico derivar de esas omisiones la pérdida de este derecho,

queda abierto a los damnificados el campo para hacerlo efectivo ante el Juez Civil.

d) Ahora bien, si fuera de los casos que se acaban de mencionar, si independiente a la acción penal, se demanda ante el juez civil la indemnización de perjuicios por la infracción y a la vez se sigue el procedimiento penal correspondiente, la acción civil se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Tal lo prescribe el artículo 11 del C. de P. P.

Es de advertir, desde luego, que no obsta para la aplicación de los textos anteriores la circunstancia de que el juicio civil para la reparación del daño se adelante, no precisamente contra el autor del ilícito, sino contra la persona o entidad obligada a responder por él, como ocurre en el presente negocio, en que se demandó al Municipio de Bogotá con causa en la actividad de un empleado a su servicio.

2.—Con respecto a los puntos de vista del opositor, la Sala observa:

a) Según el inciso 3º del artículo 147 del C. J., la jurisdicción se suspende por mandato de la ley, cuando ésta así lo ordena.

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal contiene una orden legal de suspensión de la jurisdicción. Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá. Tal precepto entraña una cuestión de orden público, que no puede considerarse como cuestión meramente adjetiva o de simple procedimiento.

“Los preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el Órgano Judicial del Poder Público para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de derecho público que a la vez que estructuran el órgano y limitan sus órbitas funcionales, constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho.

No se pueden equiparar estos preceptos básicos con los propiamente procedimentales y adjetivos destinados a enderezar el mero ejercicio de las actividades judiciales" (Gaceta Judicial, Tomo 42, página 259).

Es, pues, la norma acusada una disposición sustantiva, cuya transgresión obliga a casar la sentencia.

b) En cuanto al reparo hecho de que no se pidió por parte legítima, dentro de las instancias, la suspensión del proceso y dado el sistema que determina nuestro procedimiento en materias civiles era necesario que por parte legítima se hubiera demandado la suspensión del juicio, la Sala considera que, entrañando el mandato consignado en el inciso 2º del mencionado artículo 11 una cuestión de jurisdicción, y siendo tal precepto de orden público, el Juez, de oficio, una vez cerciorado de la existencia del proceso penal, antes de fallar, debe proceder a suspender el procedimiento civil en espera de la calificación del hecho por el Juez del crimen.

Ya se ha visto que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal dispone en su segunda parte que si el fallo que corresponde dictar en el proceso penal pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, se suspenderá ésta, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Entraña tal precepto, en consecuencia, una cuestión de jurisdicción improrrogable, que obliga al Juez, aún sin petición de parte, es decir, de oficio, a suspender el procedimiento en espera del fallo penal. El proceso civil para la indemnización de los perjuicios se puede iniciar aún antes del proceso penal. También se pueden adelantar los dos juicios simultáneamente, pero cuando la decisión que llegare a adoptar el Juez Penal pueda influir en la solución del proceso civil, por cuanto la razón del cobro de indemnización se origine en el hecho delictuoso o culposo del agente que causó el daño, existe una cuestión legal previa que resolver como base de la indemnización que se reclama para la reparación del daño civil ocasionado a los lesionados con el accidente.

Por mandato de la citada disposición, la jurisdicción se suspende y el Juez no podría continuar conociendo. Tal jurisdicción no es prorrogable, ni tácita, ni expresamente. Sus-

pendida por ministerio de la ley, el Juez carece de la facultad de administrar justicia y la razón es obvia: la ley ha querido evitar la colisión de fallós. La entidad encargada de calificar el hecho delictuoso o culposo, es el Juez penal y se busca, ante todo, evitar que un mismo hecho pueda ser calificado a la vez de diverso modo por la justicia.

De ahí que el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el ejercicio de la acción civil reparatoria del daño privado que tiene su fuente en la comisión de una infracción, establece como regla general que gobierna la materia, el que tal acción se ejercerá dentro del proceso criminal por la persona o personas perjudicadas, o por sus herederos.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

#### Antecedentes

Los hechos que dieron origen al presente juicio ordinario sobre responsabilidad por culpa extracontractual, tuvieron lugar en esta ciudad el veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro. Refieren los autos que a eso de las nueve de la noche de aquel día, el señor Alberto Prieto Lesmes se dirigía a su casa de habitación; al llegar a la Avenida Chile y cuando se proponía atravesar la calzada, fue arrollado violentamente por el tranvía de propiedad del Municipio de Bogotá, marcado con el número 73, conducido por el motorista Víctor Julio García, quien a la sazón estaba en el ejercicio de sus funciones. Como consecuencia del golpe recibido, don Alberto "sufrió la fractura conminuta de los huesos del cráneo y de la cara y ruptura meningo encefálica, lo que le ocasionó la muerte instantánea". La única causa, de tal desenlace fue el golpe recibido en el referido accidente de circulación, pues momentos antes del insuceso gozaba de perfecta salud.

La víctima, según la demanda, era un distinguido ciudadano, trabajador, que con el producto de sus esfuerzos sostenía en forma debida a su familia. Empleadó de importancia de la sucursal de la Caja de Crédito Agrario de Montería, donde allí mismo tenía, en sociedad, importantes cultivos agrícolas.

Se afirma por los actores en el pleito, que Vic-

tor Julio García, conductor del tranvía, con subordinación técnica y económica del Municipio de Bogotá, es un hombre peligroso para el manejo de vehículos, como lo demuestra su hoja de antecedentes judiciales: García recibió su pase como conductor el día nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres; el ocho de marzo siguiente, fue sindicado por el delito de "lesiones personales" en la Inspección Tercera de Circulación y Tránsito; en mil novecientos cuarenta y cuatro se le sindicó como autor del delito de homicidio en la señorita Helena Rodríguez, y al final del mismo año, fue cuando causó la muerte al señor Prieto Lesmes.

Con respecto a las condiciones del vehículo, con el cual se produjo el accidente, se sostiene que carecía de limpiabrisas y que sus frenos no funcionaban correctamente.

Apoyado en los hechos que se dejan sintetizados, por medio de apoderado, Amalia Naranjo Borrero de Prieto, Elvira Prieto Naranjo de Hollman, Alicia Prieto de Caballero, Clementina Prieto Naranjo y Bernardo Prieto Naranjo demandaron al Municipio de Bogotá, ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito, para obtener la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos a consecuencia de la muerte trágica del nombrado señor, esposo de Amelia Naranjo Borrero y padre de los demás.

Se encamina la demanda propuesta a que se declare civilmente responsable al Municipio por tal accidente, por la muerte del señor Prieto Lesmes y que, en consecuencia se condene a pagarles la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00), o la cantidad que fijen peritos; subsidiariamente se pidió se condenara al Municipio a cubrir la misma suma de cien mil pesos a la sucesión del señor Prieto Lesmes; y finalmente se exige que si no se determina la cuantía de la indemnización en el juicio, ello se hiciera en los términos del artículo 553 del C. J.

#### **Sentencia de primera instancia**

El juicio fue fallado en su primera instancia por el Juez Quinto del Circuito de esta ciudad, por providencia de fecha siete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se absolvió al Municipio de Bogotá de todos los cargos formulados, sin hacer especial condenación en costas.

#### **La sentencia recurrida**

Apelada la providencia anterior, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se puso fin a la instancia, por

fallo de veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual se revocó la decisión de primer grado y en su lugar se dispuso:

"1º—Declárase que el Municipio demandado es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos causados a los demandantes con motivo de la muerte trágica del señor Alberto Prieto Lesmes, acaecida en Bogotá el veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en las condiciones examinadas en la parte motiva de esta sentencia, y en consecuencia condénase a dicho Municipio a pagar a cada uno de los demandantes la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda corriente, por concepto de satisfacción o indemnización de dichos perjuicios.

"2º—Declárase que el Municipio demandado, es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes Amalia Naranjo Borrero v. de Prieto Lesmes, Clementina Prieto Naranjo y Bernardo Prieto Naranjo, con motivo de la muerte expresada en el punto resolutivo precedente.

"Parágrafo.—La cantidad líquida de estos perjuicios, se fijará o regulará cuando la parte favorecida pida el cumplimiento del fallo, de conformidad con el trámite incidental consagrado en el artículo 553 del C. J.

"3º—Deniéganse las demás pretensiones deducidas en el escrito de la demanda.

"4º—Sin costas en las instancias".

En la oportunidad debida, el Personero del Municipio interpuso recurso de casación, por cuyo motivo los autos se encuentran al estudio de la Corte para decidir la cuestión debatida, luego de sufrir la tramitación previa del caso.

Ante esta corporación ha obrado como representante del Municipio, el señor Procurador Delegado en lo Civil. Ambas partes han presentado sus respectivos alegatos.

El Tribunal hace en su sentencia relación discriminada de los hechos que dieron por consecuencia la muerte del señor Prieto Lesmes; halla demostrado que el conductor del tranvía No. 73 era un empleado al servicio del Municipio; que el vehículo con que se causó el accidente pertenecía a la Empresa del Tranvía de la misma entidad, y llega a la conclusión de que, estando presumido de culpa el Municipio, al tenor de los artículos 2347 y 2356 del C. C. no fue desvirtuada tal presunción.

En cuanto al perjuicio causado encuentra probada la muerte de Prieto Lesmes y por presunción de hombre, el daño moral subjetivo que tal hecho

bió causar a su esposa e hijos; observa que la reparación por el daño moral subjetivo no puede exceder del límite fijado por el artículo 95 del C. P., por lo cual asigna como indemnización por la lesión moral la suma de dos mil pesos (2.000.00) para cada uno de los demandantes. Nota que no hay ninguna prueba que acredite la existencia del daño moral objetivado. Con respecto al perjuicio material, considera establecido que el señor Lesmes sostenía su hogar doméstico, el cual estaba formado por la esposa y los hijos solteros, Leonardo y Clementina, ya que los otros dos se habían casados y no se demostró en qué forma dependieran económicamente del padre.

No encuentra probada la cuantía del perjuicio material sufrido por la esposa y sus dos hijos, por lo cual, concluye, debe hacerse la condena simple y en abstracto.

Observa por último que está evidenciada la relación de causa a efecto entre el hecho culposo de la entidad demandada y los perjuicios morales subjetivos, y los materiales sufridos por la parte demandadora.

#### Los cargos propuestos

Con fundamento en el numeral primero del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia al señor Procurador Delegado en lo Civil por ser violatoria del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, y por haberse basado en pruebas erróneas de determinadas pruebas, que llevó al Tribunal a incurrir en manifiesto error de derecho. Señala como norma legal sustantiva violada, el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, y por haberse basado en pruebas erróneamente apreciadas las copias expedidas por el Secretario del Juzgado Primero Superior de Bogotá, que llevan fecha veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, tomadas del informativo levantado en tal oficina para establecer la responsabilidad criminal que pudiera haber incurrido el señor Víctor Julio García en la muerte del señor Alberto Prieto Lesmes.

Sostiene que el H. Tribunal ha debido dar cumplimiento al artículo 11 del C. de P. P.; que no aplicó esta disposición por haber incurrido en error de derecho al apreciar las copias mencionadas que, por consiguiente, esa errónea apreciación de las pruebas —debida a un error de derecho— condujo al Tribunal fallador a violar, por no aplicarla, la disposición legal citada.

Aduce en defensa de su tesis, las siguientes razones:

“Dice el artículo 11 del C. de P.P., en su segundo inciso, que si se iniciare la investigación criminal

el fallo que corresponda dictar en la misma no puede influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable”.

“Ahora bien: en el informativo consta, según se desprende de las copias expedidas por el Juzgado Primero Superior (fls. 12 y ss. C. No. 4), que se inició una investigación penal tendiente a fijar la posible responsabilidad del señor Víctor Julio García conductor del tranvía número 73 por la muerte del señor Alberto Prieto Lesmes, a consecuencia del accidente ocurrido el 28 de diciembre de 1944 a que se refiere este litigio civil. Allí obra, en copia, la “declaración instructiva de Víctor Julio García” y de esta indagatoria como de las otras declaraciones que allí aparecen rendidas ellas por los señores Leonardo Alvarez Posada, Ignacio Cardona y Julio Luque Peña, se desprende claramente que el Juez Penal inició la investigación para averiguar la responsabilidad de tal índole en que hubiera podido incurrir el conductor del vehículo.

“A pesar de desprenderse tal hecho, claramente, de las copias mencionadas que constituyen plena prueba al tenor del artículo 632 del Código Judicial, el H. Tribunal fallador no suspendió esta controversia civil antes de fallarla, como hubiera debido hacerlo por mandato inequívoco del artículo 11 ya transcrito en su parte pertinente. Es decir: estaba probada la existencia de un proceso penal que se adelantaba en averiguación de los mismos hechos en que se funda la acción civil aquí propuesta y, a pesar de ello, el H. Tribunal continuó y falló el proceso civil.

“Que la decisión del Juez Penal en aquel proceso podía influir en este juicio es algo evidente. En efecto: si en tal proceso penal el Juez llegare a declarar, por sentencia definitiva o auto de sobreseimiento definitivo, que la infracción que se imputa al señor García no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, o que el siniestro se debió a culpa exclusiva de la víctima, la acción civil no habría podido proponerse ante la justicia civil, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 28 del C. de P. P. Esto demuestra, sin lugar a duda, la posible influencia de aquella causa criminal sobre este litigio civil.

“En suma, agrega, estaba probada, con las copias mencionadas, la existencia de un juicio penal cuya solución podía influir en la decisión ci-

vil; el artículo 11 del C. de P. P. ordena que, en tal caso, el Juez civil suspenda la controversia en espera del resultado del juicio penal; al no hacerlo así, esto es, al no ordenar la suspensión de este litigio, el H. Tribunal violó apreciando en derecho erróneamente las pruebas indicadas, el artículo 11 citado por no aplicarlo siendo aplicable a este asunto”.

La Corte considera:

La acción civil sobre reparación del daño causado por la comisión de una infracción, según el sistema adoptado en el C. de P. P. puede proponerse:

a) Por la persona o personas perjudicadas con la infracción, o sus herederos, dentro del proceso penal, constituyéndose tales personas parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de Instrucción. Tal se desprende de los artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del Código Penal.

Cuando así suceda, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuye la sentencia penal, tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción. (Artículo 25, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal).

b) La respectiva acción indemnizatoria puede proponerse oficiosamente por el señor Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción para fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido el interesado. (Artículos 93 — 294 citados).

En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados: si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indemnización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2º).

c) Mas si los interesados no se han hecho parte civil y los funcionarios no han cumplido su mencionado deber y la sentencia condenatoria no ha atendido, por lo mismo, a la reparación, no siendo jurídico derivar de esas omisiones la pérdida de este derecho, queda abierto a los damnificados el campo para hacerlo efectivo ante el Juez Civil.

d) Ahora bien, si fuera de los casos que se aca-

ban de mencionar, si independientemente a la acción penal, se demanda ante el Juez Civil la indemnización de perjuicios por la infracción y a la vez se sigue el procedimiento penal correspondiente, la acción civil se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Tal lo prescribe el artículo 11 del C. de P. P.

Es de advertir, desde luego, que no obsta para la aplicación de los textos anteriores la circunstancia de que el juicio civil para la reparación del daño se adelante, no precisamente contra el autor del ilícito, sino contra la persona o entidad obligada a responder por él, como ocurre en el presente negocio, en que se demandó al Municipio de Bogotá con causa en la actividad de un empleado de su servicio.

En sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1947 se dijo:

“Es verdad que la responsabilidad indirecta, recae sobre la persona distinta del autor del acto u omisión, como acontece, según el artículo 2347 del C. C. respecto de padres, guardadores, empresarios en relación con hijos, pupilos y dependientes; pero esto no puede significar nada que deje de hacer indispensable la relación de causa a efecto que hay entre la culpa, sea delictual o meramente civil y la responsabilidad, quien quiera que sea persona sobre la cual haya ésta de recaer. En otras palabras: para poderse pensar en responsabilidad, lógicamente es preciso pensar ante todo en una culpa que la produzca, que la genere, de donde se deriva. La culpa es la base *sine qua non*, razón de ser de la responsabilidad. La cuestión sobre quién ha de llevarla es de detalle más o menos trascendental, pero en todo caso distinto de eso que es lo intrínseco. Por tanto, lo atinente, gr., a si un tercero ha de pagar indemnización, es tema que pueda desligarse de lo atañerido a la culpa, ni es posible prescindir de lo relativo a ésta, para debatir sobre responsabilidad, la que sea directa o indirectamente es consecencial a una culpa”. (G. J. No. 2042/44, T. 61 de 1947, página 734).

En el expediente consta, según se desprende de las copias expedidas por el Juzgado Primero Superior de Bogotá, la iniciación de la investigación penal tendiente a fijar la posible responsabilidad de García. Aparece copia legal de su declaración indagatoria y de esta pieza, como de otras pruebas venidas también en copia al pleito, se ve que la investigación se adelanta para averiguar la responsabilidad que le pudiera caber por tales hechos,

evidente que la decisión allí puede influir en el presente negocio. En efecto: si en el referido proceso penal, el Juez llegare a declarar, por sentencia definitiva o auto de sobreseimiento definitivo, que la infracción que se imputa al señor García no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, o que el accidente que ocasionó la culpa exclusiva de la víctima, la acción penal no habría podido proponerse ante el Juez de Justicia civil de acuerdo con el artículo 28 del Código de P. P., o propuesta, terminaría con la absolución del demandado.

Esto demuestra, pues, la obligación en que está el Tribunal de estudiar el problema en el caso presente, cuestión que, omitió, con desconocimiento de la prueba presentada, que lo llevó a violar el artículo citado, por lo cual, la sentencia debe ser anulada.

El representante de los actores en el pleito, en su oposición a la demanda de casación, rechaza la tesis de la Procuraduría, presentando los siguientes argumentos que se estudian:

Dice al respecto: ¿Qué alcance tiene? ¿Cuándo aplica el artículo 11 del C. de P. P.?

La ley da a la acción penal un carácter público, en consecuencia, establece como obligación la cooperación de todos los asociados en general y de las autoridades en particular para llevar adelante la represión de la delincuencia. Así se desprende de los artículos 9º, 10, 11 y 12 del Código de Procedimiento Penal, que se encuentran en el Cap. I, Tit. I, Lib. I de tal Código, en que se determina el carácter y naturaleza de la acción penal.

En el artículo 11 se presentan dos situaciones distintas: la primera es, cuando en curso el proceso penal o administrativo, aparezca o se presente un hecho que puede considerarse como delito perseguible de oficio; y la segunda, cuando ya sobre el particular se ha iniciado la actuación criminal penal.

Cuando ocurre el primer evento, el Juez o funcionario correspondiente, de oficio, debe dar inmediatamente noticia a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y enviándole copia autorizada de los autos y documentos pertinentes.

No hay lugar a aplicar el citado artículo 11 cuando al aparecer en el proceso civil o administrativo el hecho delictuoso, ya se ha iniciado la investigación penal.

Se sostiene que en este último caso, de los contemplados por el artículo 11 del C. de P. P., el Juez

o funcionario administrativo, ya no puede proceder de oficio, debiéndose amoldar a la mecánica del proceso civil o administrativo, esperando a que la parte o partes interesadas pidan la suspensión del pleito para lo cual tienen que demostrar que el fallo con que debe terminar el proceso penal, puede influir en la solución de la controversia civil o administrativa.

Si el proceso penal se ha iniciado antes que la acción civil, no hay lugar a pensar en la aplicación del artículo 11 citado, que sólo bien cabría cuando la investigación criminal se inicia, en el curso de la controversia civil.

Afirma que, propuesta posteriormente a la penal, la acción civil, la situación de la interdependencia o conexión entre los dos procesos se regula por otras disposiciones de nuestras leyes procedimentales, civiles o penales. Como sería, por ejemplo, proponiendo la excepción de pleito pendiente, la de incompetencia de jurisdicción, o la de petición antes de tiempo, etc.

Pero, en todo caso, el Juez en el proceso civil no puede proceder de oficio sino a petición de parte.

Para el opositor, el artículo 11 del C. de P. P. es una **disposición meramente adjetiva**, que no puede dar lugar a casar la sentencia por tal aspecto.

Con respecto a los puntos de vista del opositor, la Sala observa:

a) Según el inciso 3º del artículo 147 del C. J., la jurisdicción se suspende por mandato de la ley, cuando ésta así lo ordena.

El artículo 11 citado contiene una orden legal de suspensión de la jurisdicción. Si se iniciare investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá. Tal precepto entraña una cuestión de orden público, que no puede considerarse como cuestión meramente adjetiva o de simple procedimiento.

“Los preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el Órgano Judicial del Poder Público para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de derecho público que a la vez que estructuran el órgano y limitan sus órbitas funcionales, constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho. No se pueden equiparar estos preceptos básicos con los propiamente procedimentales y adjetivos destinados a enderezar el mero ejercicio de las actividades judiciales”. (Gaceta Judicial, Tomo 42, pág. 259).

Es, pues, la norma acusada una disposición sustantiva, cuya transgresión obliga a casar la sentencia.

b) En cuanto al reparo hecho de que no se pidió por parte legítima, dentro de las instancias, la suspensión del proceso y dado el sistema que determina nuestro procedimiento en materias civiles era necesario que por parte legítima se hubiera demandado la suspensión del juicio, la Sala considera que, entrañando el mandato consignado en el inciso 2º del mencionado artículo 11 una cuestión de jurisdicción, y siendo tal precepto de orden público, el Juez de oficio, una vez cerciorado de la existencia del proceso penal, antes de fallar, debe proceder a suspender el procedimiento civil en espera de la calificación del hecho por el Juez del crimen.

Ya se ha visto que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal dispone en su segunda parte que si el falló que corresponde dictar en el proceso penal pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, se suspenderá ésta, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Entraña tal precepto, en consecuencia, una cuestión de jurisdicción improrrogable, que obliga al Juez, aún sin petición de parte, es decir, de oficio, a suspender el procedimiento en espera del fallo penal. El proceso civil para la indemnización de los perjuicios se puede iniciar aún antes del proceso penal. También se pueden adelantar los dos juicios simultáneamente, pero cuando la decisión que llegare a adoptar el Juez Penal pueda influir en la solución del proceso civil, por cuanto la razón del cobro de indemnización se origine en el hecho delictuoso o culposo del agente que causó el daño, existe una cuestión legal previa que resolver como base de la indemnización que se reclama para la reparación del daño civil ocasionado a los lesionados con el accidente.

Por mandato de la citada disposición, la jurisdicción se suspende y el Juez no podría continuar conociendo. Tal jurisdicción no es prorrogable, ni tácita, ni expresamente. Suspendida por ministerio de la ley, el Juez carece de la facultad de administrar justicia y la razón es obvia: la ley ha querido evitar la colisión de fallos. La entidad encargada de calificar el hecho delictuoso o culposo, es el Juez penal y se busca, ante todo, evitar que

un mismo hecho pueda ser calificado a la vez diverso modo por la justicia.

De ahí que el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el ejercicio de acción civil reparatoria del daño privado que tiene su fuente en la comisión de una infracción establece como regla general que gobierna la materia, el que tal acción se ejercerá dentro del proceso criminal por la persona o personas perjudicadas, o por sus herederos.

Estando pues demostrado por las copias traídas a los autos que en la averiguación de los hechos que ocasionaron la muerte del señor Prieto Lemos, se adelanta un proceso criminal sobre la culpabilidad penal que le pueda caber al motorista conductor del vehículo que causó el accidente, el Tribunal ha debido suspender el procedimiento civil para la indemnización del perjuicio a que contrae el presente litigio desde que tuvo conocimiento procesal de tal circunstancia. Claramente se observa que dejó de apreciar la prueba al respecto, lo que llevó a violar el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal; de ahí que la sentencia ha de casarse a fin de dictar la providencia de suspensión del caso, mientras se allega a este expediente la copia de la sentencia definitiva definitivamente ejecutoriada en que se califique el hecho del conductor García, que ocasionó los perjuicios a que se contrae el pleito.

El Juez no podría suspender el juicio civil desde el momento en que legalmente tenga conocimiento de la existencia del proceso penal correspondiente, conocimiento que en el presente negocio aparece desde el día en que las copias del asunto penal llegaron al Tribunal o sea, el 28 de marzo de 1946, y la suspensión durará, salvo disposición legal en contrario, al tenor del artículo 11 del Código de P. P., hasta cuando se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable.

Llegándose, por la causal alegada, a la casación del fallo recurrido, la Corte se abstiene de considerar los demás reparos propuestos contra la providencia materia del presente estudio. (Artículo 538 C. J.).

### Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, en el ordinario seguido por Amalia Naranjo Borrero de Prieto y otros, contra el Municipio de Bogotá, por indemnización de perjuicios, y en su lugar, declara suspendido el presente litigio desde el veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en que el Tribunal tuvo conocimiento en forma legal de la existencia del sumario que se adelanta contra Víctor Julio García por la muerte ocasionada al señor Alberto Prieto Lesmes, el día veintiocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, hasta cuando pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia

definitiva irrevocable en el memorado proceso y entrar luego a pronunciar el fallo a que haya lugar, de acuerdo con los antecedentes anotados.

Sin costas.

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

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Guillermo Peñaranda Arenas, Conjuez. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE UNA SUMA DE PESOS. — SUBROGACION. — NATURALEZA JURIDICA DE LA SUCESION

1.—La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, etc. (Artículo 1670 del C. C.).

2.—La Sala Civil de la Corte en diversos fallos ha considerado que la sucesión no es propiamente una persona jurídica con interés distinto de los herederos mismos que son quienes llevan su representación judicial y extrajudicial. Lo propio se observa de la sociedad conyugal en liquidación por muerte de uno de los cónyuges, que está representada por el sobreviviente y los herederos del fallecido.

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

(Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas)

El treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, la Corte Suprema de Justicia pronunció fallo en el doble recurso de casación propuesto contra la sentencia de nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio seguido por Matilde Guerrero de Guerrero y otros, en representación de la sociedad conyugal en liquidación de Carlos Julio Guerrero y la principal demandante contra la herencia de Luis D. Guerrero, por suma de pesos, y en la contrademanda propuesta por los representantes de la herencia de este último, contra la nombrada sociedad conyugal en liquidación Guerrero y Guerrero, por incumplimiento de un contrato de arrendamiento del predio denominado "El Obraje" de aquella jurisdicción. La Corte, en su fallo, casó la sentencia del Tribunal, más se abstuvo de dictar la correspondiente que debía sustituirla, en espera de la práctica de una inspección ocular ordenada en los libros del Banco Agrícola e Hipotecario de la ciudad de Pasto, en relación con la cuenta de amortización gradual y

pago de intereses de la cantidad que Carlos Julio y Luis D. Guerrero tomaron en préstamo al aludido Banco y que el primero se obligó a cubrir sólo en lo que le correspondía como obligado, si en la parte de su hermano, como consecuencia del referido contrato de arrendamiento de que se hizo mérito. (Véase Gaceta Judicial número 20 página 47, Tomo 61).

El origen de los dos litigios, que hoy decide una sola providencia la Corte, es el siguiente:

Carlos Julio y Luis D. Guerrero celebraron en 1919 con don Luciano Herrera, un contrato de mutuo a interés, con garantía hipotecaria, cuyo monto de capital y réditos, cubrió el primero de los deudores, no obstante ser el préstamo conjunto. Una vez fallecido don Carlos Julio, su viuda, señora Matilde Guerrero de Guerrero y los herederos de aquél demandaron la herencia de don Luis D. Guerrero, para que se hicieran las siguientes aclaraciones:

"1ª—La herencia de Luis D. Guerrero debe ser de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, que existió entre Carlos Julio Guerrero y Matilde Guerrero. La cantidad de cuatro mil quinientos cincuenta y nueve pesos (\$ 4.559.00) moneda legal colombiana, así: mil cincuenta y nueve pesos (\$ 1.059.00) de intereses, y los demás con ellos, al 10% anual desde el trece de febrero de mil novecientos veinticinco, hasta el día en que se haga el pago.

"2ª—Que dichas sumas deben pagarse tres días después de ejecutoriada la sentencia.

"3ª—Que la entrega debe hacerse a los demandantes como representantes de la sociedad conyugal disuelta; y

"4ª—Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales".

En subsidio, se pidió que se declarase que los mismos demandados adeudan a Matilde G. de Guerrero, personalmente considerada, la cantidad de dos mil doscientos ochenta pesos (\$ 2.280.00), a los quinientos treinta pesos (\$ 530.00) sin intereses los demás con ellos, al 10% anual desde el trece de febrero de mil novecientos veinticinco hasta el día en que se haga el pago. Que los mismos debersen a Stella Guerrero de Rosero Pastrana, la suma

l ciento cuarenta y tres pesos (\$ 1.143.00), así: seiscientos sesenta y cinco pesos (\$ 265.00) sin intereses, y los restantes con ellos al 10% anual, desde la misma fecha en que se cuentan los anteriores.

Corridos los traslados de la ley, los demandados opusieron, alegando entre otras excepciones, la "ilegitimidad de su personería".

A la vez los mismos contrademandaron a la sociedad conyugal en liquidación de Carlos Julio Guerrero y esposa, representada por su viuda e hijos, para que por el propio Juez se declarase:

"1º—Que la sociedad conyugal habida entre los esposos señores Carlos Julio Guerrero y doña Matilde Guerrero, disuelta por causa de muerte de don Carlos Julio Guerrero e ilíquida hasta la presente fecha, representada por la señora Matilde Guerrero de Guerrero, cónyuge supérstite, y por los señores Sixto Guerrero Z. y Stella Guerrero de Romero Pastrana como hijos legítimos del causante, debe a la sociedad conyugal habida entre los esposos señores Luis D. Guerrero y Celia Navarrete v. Celia Navarrete de Guerrero, disuelta por la muerte del esposo y en liquidación, representada por la cónyuge sobreviviente y por los hijos legítimos del difunto, señores Luis Guillermo, Carlos Edmundo Gerardo, Carmen Elisa y Mercedes Alicia Guerrero Navarrete, la suma de \$ 9.000.00 moneda legal, o la cantidad que resulte comprobada en este juicio por no haber sido entregado estos valores al Banco Agrícola Hipotecario por cuenta de la deuda del señor Luis D. Guerrero.

"2º—Que por consiguiente dicha sociedad o sus representantes, deben pagar a la sociedad acreedora, por conducto de quienes la representan, esta suma de \$ 9.000.00, o la que resulte comprobada en este juicio, tres días después de ejecutoriada la sentencia que tal condenación establezca.

"3º—Que asimismo la sociedad conyugal Guerrero de Guerrero, disuelta e ilíquida, debe pagar a la sociedad conyugal Guerrero-Navarrete, por medio de sus representantes, los intereses bancarios pactados con la entidad bancaria antes indicada, y por razón de la deuda que con los nueve mil pesos (\$ 9.000.00), o la suma que resulte comprobada, debe a la sociedad conyugal Guerrero-Navarrete, de conformidad con el respectivo contrato de arrendamiento celebrado entre los señores Guerrero y esposa, para el uso de un local que el referido Banco, debía abonar al señor General Guerrero por cuenta del señor Luis D. Guerrero, para el uso de éste que debe efectuarse en el mismo término que debe entregarse la suma a que se contraen las obligaciones anteriores.

"4º—La misma sociedad demandada debe pagar a la sociedad acreedora, por medio de sus representantes, los perjuicios que haya sufrido la sociedad demandante por la falta de pago de las sumas demandadas en el tiempo convenido.

"5º—Que asimismo deben pagar las costas de este juicio, si se oponen a las anteriores declaraciones".

La demanda de reconvencción tuvo origen en el contrato de arrendamiento del predio de "El Obraje" y el préstamo hipotecario por la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), hecho por los hermanos Guerrero al Banco Agrícola Hipotecario, abonable por cuotas de amortización gradual, con plazo de veinte años. Al dar don Luis a su hermano en arrendamiento, el predio que garantizaba el préstamo bancario, le impuso como obligación como parte del precio del arrendamiento, la de pagar durante el período de los cinco años, las cuotas trimestrales estipuladas con el Banco, siendo condición expresa que el día del vencimiento del plazo, habría de quedar reducida la deuda de don Luis con la institución prestamista, a la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00), o sea, para el veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cuatro, en que finalizaba el arrendamiento estipulado.

Es pues de observar, que según los términos del arrendamiento, su precio se integraba por una cuota mensual que debía ser entregada al propietario: cien pesos durante el primer año y ciento cincuenta durante los cuatro años restantes más la suma de \$ 405.96 que trimestralmente se cubriría por el arrendatario al Banco Agrícola Hipotecario, durante los cinco años, o sea veinte cuotas de las señaladas por el Banco para amortización gradual de capital y pago de intereses. Además de todo esto, don Carlos Julio se obligó a dejar reducida la deuda de don Luis con la entidad mencionada para la fecha del vencimiento del plazo a la suma de seis mil pesos, lo que entraña un abono extraordinario fuera de las cuotas trimestrales. Tales son los términos de las cláusulas segunda y tercera de la escritura pública número 378 de 28 de junio de 1929 de la Notaría Segunda de la ciudad de Pasto.

#### Sentencia del Juez de primera instancia

Adelantados los dos pleitos en la forma ordinaria, el Juzgado condenó a la herencia de don Luis D. Guerrero a pagar a la sociedad conyugal en liquidación de Carlos Julio Guerrero y esposa, la suma de cuatro mil quinientos cincuenta y nueve pesos (\$ 4.559.00) e intereses, que el mentado señor había cubierto por cuenta de su hermano a don

Luciano Herrera, y absolvió en lo contrademandado.

#### Sentencia de segundo grado

Como se expresó en la providencia de casación de esta Sala, de treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y seis de que se ha hecho mérito, el Tribunal absolvió a la herencia de don Luis D. Guerrero, por entender, que ha debido demandarse a la sociedad conyugal, constituida por éste con la señora Celia Navarrete, sociedad en estado de liquidación por fallecimiento de don Luis, y confirmó a su turno la absolución de los contrademandados, porque no halló demostrado que Carlos Julio Guerrero dejara de cumplir sus obligaciones, en lo que atañe a su compromiso de pagar, por cuenta de su hermano, las cuotas de amortización gradual e intereses al Banco Agrícola Hipotecario y dejar reducida la deuda de don Luis, para el veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cuatro, a la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00).

#### La sentencia de casación

Recurrida la providencia del Tribunal por ambas partes, la Corte la casó, por encontrar que el juzgador había violado determinadas disposiciones legales, al abstenerse de resolver en el fondo la demanda propuesta por los representantes de don Carlos Julio Guerrero, en lo relativo al reconocimiento y ordenación del pago de la suma que éste había cubierto a don Luciano Herrera, por cuenta de su hermano don Luis, procedente del préstamo con garantía hipotecaria, hecho a los dos hermanos.

En la providencia en cuestión, de esta Sala, se expusieron las razones para ello, las cuales sobraría repetir. Entonces no se pronunció la decisión de fondo, en espera de la aclaración que se creyó necesaria de ciertas partidas de la contrademanda.

Al respecto consta de autos que los señores General Carlos Julio Guerrero y su hermano don Luis, ambos jefes de las sociedades conyugales, que más tarde se disolvieron por muerte de los mismos, contrajeron con don Luciano Herrera, mediante las escrituras públicas del 21 de julio de 1917 y 10 de abril de 1919, bajo los números 418 y 230, respectivamente, otorgadas en la Notaría Segunda del Circuito de Pasto, una deuda en común por un monto de siete mil pesos (\$ 7.000.00), con réditos al 10% anual, pagaderos por semestres vencidos, deuda que el trece de febrero de mil novecientos veinticinco ascendía a la suma de nueve mil ciento diez y nueve pesos (\$ 9.119.00),

descompuesta así: siete mil pesos de capital prestado y dos mil ciento diecinueve pesos (\$ 2.119.00) de intereses debidos a la fecha, según aparece la escritura número 322 de 13 de febrero de 1919 de la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, la cual consta también, que el General Guerrero la cubrió en su totalidad al acreedor obteniendo cancelación de la garantía hipotecaria sobre el predio "El Obraje". Allí, el señor Herrera dejó constancia, al cancelar, de que: "como la obligación contraída por los señores Guerrero es conjunta el señor General Carlos Julio Guerrero que ha hecho el pago en su nombre y en el de su hermano Luis D. Guerrero queda con las facultades legales para exigir a su codeudor las prestaciones a que hubiere lugar".

Se operó, pues, a virtud del pago total del crédito hecho por don Carlos Julio la subrogación de la parte correspondiente a don Luis, o sea, la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga (artículo 1666 del C. C.).

La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, etc. (Artículo 1670 del C. C.).

Por consiguiente, en el caso de autos el subrogatario tiene derecho a cobrar tanto el capital que cubrió para saldar el compromiso conjunto, como los intereses a la rata estipulada del diez por ciento anual.

#### Contrademanda

En lo tocante a la contrademanda propuesta por los Guerrero a Navarrete, en su carácter expresado, la sentencia de la Corte de la cual se ha hecho mérito halló también errada la providencia del Tribunal quien no encontró elementos para pronunciar un fallo de condena. Como fundamento de su negativa expresó que "no podía apreciarse todo su valor la verdadera situación de los deudores", por aparecer a su juicio, confusión en relaciones del movimiento de la cuenta llevada por el Banco y de que dan testimonio los extractos presentados al juicio.

Si se atiende a lo estipulado en la cláusula tercera del contrato de arrendamiento, que se consignó en la escritura número 378 mencionada, claramente se desprende de lo allí pactado, que el objeto propuesto por el arrendador era el de ceder el goce del bien arrendado por cierto lapso y obtener la ventaja de que a su vencimiento, su co-

promiso con la Institución de Crédito, quedara en la cantidad de seis mil pesos (\$ 6.000.00), además de servir las cuotas de amortización gradual convenidas durante el tiempo acordado y de percibir directamente una suma mensual. (Cien pesos mensuales en el primer año y ciento cincuenta en los cuatro restantes).

Así, pues, si don Carlos Julio se atrasaba en sus cuentas ocasionando recargo de intereses, éstos serían de su cargo debiendo satisfacer al Banco las cuotas periódicas y la cantidad necesaria, fuera de tales cuotas, para dejar al final del plazo, reducido el crédito a la cantidad de seis mil pesos (\$ 6.000.00) para don Luis.

La Corte en el momento de fallar, reparó que si se sumaban las partidas entregadas al Banco por don Carlos Julio, resultaba una diferencia que entonces no se pudo explicar, la cual montaba a la cantidad de ocho mil setecientos sesenta pesos con veintinueve centavos (\$ 8.760.29), por cuyo motivo ordenó en el citado auto para mejor proveer, el estudio por el Tribunal asociado de peritos de la cuenta de los hermanos Guerrero con el Banco, en orden al compromiso hipotecario con amortización gradual que los referidos habían otorgado al Banco Agrícola Hipotecario de la ciudad de Pasto. Del examen, apareció evidenciado que dicha cantidad provenía en su mayor parte de recargos de intereses por la falta oportuna del abono de las cuotas de amortización gradual convenidas con la institución mencionada conforme al siguiente detalle consignado por los peritos de común acuerdo, en su exposición:

“COMPROBACION DE \$ 8.760.29, ORDENADA

VERIFICAR POR LA CORTE SUPREMA:

1933.—Obligación bancaria No. 44.		
Junio 30. — Intereses pagados desde junio de 1929 en ocho cuotas, hasta 30 de junio de 1933 .....		\$ 5.170.18
Junio 30. — El Banco practicó una liquidación de intereses de julio de 1931 a la fecha, por estar en mora del pago de cuotas, la suma de ....	\$ 4.838.93	
De esta suma se le rebaja el 40% de la ley moratoria ....	1.935.57	2.903.36
1933.—Lapso de mora.		
Noviembre 10.—Reanudación de pago de intereses .....	344.38	
Marzo 23.—Pago intereses ....	342.37	686.75
Suma averiguada .....		<u>\$ 8.760.29</u>

Obtenida esta explicación en la contabilización de las partidas de cargo y descargo, la Corte advierte que no se trata pues, de error en la cuenta y procede a liquidar la obligación de don Carlos Julio con su hermano, originada en el contrato de arrendamiento elevado a escritura pública, de que se ha venido hablando.

Conforme a lo pactado en la escritura de arrendamiento, don Carlos Julio se comprometió a abonar al Banco por cuenta de don Luis y por motivo del arrendamiento convenido (escritura No. 378 de junio de 1929 — Notaría Segunda de Pasto), la cantidad resultante de multiplicar 20, —número de cuotas— en cinco años por \$ 405.96, o sea la suma de \$ 8.119.20.

\$ 8.119.20

Siguiendo el mismo sistema de liquidar el contrato, se tiene que si don Carlos Julio hubiera cubierto cumplidamente sus cuotas de amortización gradual, al final de los cinco años, es decir, para el 28 de junio de 1934, la deuda de los dos hermanos para con el Banco sería de .....	25.471.52
Mas como ésta debía quedar reducida a doce mil pesos (\$ 6.000.00 para don Luis), se tendría la siguiente diferencia .....	12.000.00
Saldo .....	<u>13.471.52</u>

Es decir pagando puntualmente las cuotas de amortización en la cantidad señalada en el contrato de arrendamiento entre los dos hermanos, al final del plazo le correspondía a don Carlos Julio cubrir por don Luis la mitad de tal suma, o sea .....	6.735.76.
Suman .....	<u>\$ 14.854.96</u>

Así pues, a don Carlos Julio le correspondía entregar al Banco, según los términos de la estipulación, la suma de \$ 14.854.96. Más como pagó trece (13) cuotas completas y dos cuotas con la rebaja

concedida por la ley de emergencia, se tienen las siguientes cantidades a deducir:

Pagos hechos de 13 cuotas a \$ 811.92 .....	10.554.96	
Pagos hechos de 2 cuotas a \$ 458.90 .....	917.80	
Suma .....	11.472.76	
El 50% para don Luis .....		5.736.38
Saldo a favor de don Luis		<u>9.118.58</u>

En la contrademanda materia del presente estudio se pide que se condene al pago de la suma de nueve mil pesos o la que se demuestre, y tal ha sido la que se acaba de señalar. También se demandan los intereses bancarios, pero tratándose de un saldo por concepto de arrendamientos, tales intereses no caben al tenor del artículo 1617 al final, del C. C.

También se reclaman perjuicios que no se establecieron.

Tanto en la demanda como en la contrademanda se pide respectivamente para la herencia o para la sociedad conyugal. La Sala Civil de la Corte en diversos fallos ha considerado que la sucesión no es propiamente una persona jurídica con interés distinto de los herederos mismos que son quienes llevan su representación judicial y extrajudicial. Lo propio se observa de la sociedad conyugal en liquidación por muerte de uno de los cónyuges, que está representada por el sobreviviente y los herederos del fallecido.

Lo dicho es suficiente para pronunciar la siguiente sentencia:

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y como Tribunal de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reformando la providencia de primer grado, falla el presente litigio así:

1º—Condénase a Carlos Edmundo, Carmen Elisa Ezequiela, Mercedes Alicia y Luis Guillermo Bernardo de Jesús Guerrero Navarrete, como herederos de Luis D. Guerrero, a pagar a Matilde Guerrero de Guerrero, viuda de Carlos Julio Guerrero, y a los herederos de éste, tres días después de ejecutoriada la presente sentencia, la suma de cuatro mil quinientos cincuenta y nueve pesos (\$ 4.559.00) así: un mil cincuenta y nueve pesos, sin intereses, y tres mil quinientos pesos (\$ 3.500.00), con ellos al 10% anual, a partir del trece de febrero de mil novecientos veinticinco, hasta el día del pago. Sin perjuicio de la reducción de intereses a que haya lugar.

2º—Condénase a la señora Matilde Guerrero de Guerrero como cónyuge sobreviviente del señor Carlos Julio Guerrero, y a los señores Stella Guerrero de Rosero Pastrana y Sixto Guerrero Zarama, como sus herederos legítimos, a pagar a Celia Navarrete de Guerrero, cónyuge sobreviviente de Luis D. Guerrero, y a los representantes de la sucesión de éste último, como sus herederos legítimos, los contrademandantes, señores Carmen Elisa Ezequiela, Mercedes Alicia, y Luis Guillermo Bernardo de Jesús Guerrero Navarrete la suma de nueve mil ciento dieciocho pesos con cincuenta y ocho céntavos (\$ 9.118.58), por concepto de arrendamientos no cubiertos del predio de "El Obraje" a que se refiere la escritura pública número 378 de veintiocho de junio de la Notaría Segunda de Pasto, tres días después de ejecutoriada la presente sentencia.

Sin costas.

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

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

## SALA DE CASACION PENAL

## NULIDADES EN EL PROCESO PENAL. — INTERVENCION DEL OFICIAL MAYOR EN LAS FUNCIONES SECRETARIALES. — OMISION DE LA FIRMA DEL SECRETARIO

Los artículos 149 y 475 del Código de Procedimiento Penal, en su contenido esencial, son idénticos; ambos indican las normas que deben cumplirse dentro de la actuación procesal; en su primera parte, dicen que de toda diligencia que se practique se extenderá la correspondiente acta, la cual será firmada por el juez o funcionario que la practique, su secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella; y en su segunda parte, establece un precepto obligatorio en el cumplimiento de esas diligencias, o sea, que antes de firmarse el acta debe ser leída a las personas que deben suscribirla, para que si alguna de ellas tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, por inexactitud o deficiencia, se haga constar en el acta respectiva. Pero no todas las omisiones o irregularidades que puedan presentarse en la redacción del acta son constitutivas de nulidades, sino únicamente aquellos vicios que por afectar de manera sustancial el contenido de la misma fueron expresamente reconocidos por el legislador como motivos de nulidad.

En efecto: ni en las disposiciones citadas, ni en el capítulo que trata de las nulidades que se originan en los procesos penales, se ha consagrado como causal de nulidad la omisión proveniente de no haber autorizado —el Oficial Mayor del Juzgado— con su firma el acta de audiencia, cuando por cualquier circunstancia este funcionario o empleado público intervino en la respectiva diligencia en vez del respectivo Secretario. Este hecho, si bien puede constituir una irregularidad, no es de tanta monta que tenga la virtud suficiente para originar una nulidad.

Los deberes y obligaciones de los secretarios como de los oficiales mayores de los juzgados, por expresa determinación de la ley, se rigen por las disposiciones del Título III

del Código de Organización Judicial (Ley 105 de 1931) y entre las atribuciones concedidas a los segundos está la de reemplazar a los secretarios en su faltas accidentales o temporales, así como en las absolutas, mientras se hace el nombramiento y se posesiona el individuo a quien se nombra. Dichos Oficiales —cuando el juez o funcionario lo crea conveniente— pueden reemplazar también al Secretario en las audiencias o en las diligencias, que se practiquen fuera de la Secretaría o en esta misma, cuando el Secretario no concurra a las referidas diligencias, de modo de mantener siempre abierto el despacho al público. De manera que por este aspecto, la intervención del Oficial Mayor en la diligencia de audiencia es legal, y el acta, aunque no contenga su firma, sino la del Secretario, no está viciada de nulidad.

Si la ley dijera que “en todos los actos del proceso penal, el funcionario o juez debe estar asistido por su Secretario o por un Secretario ad-hoc, so-pena de nulidad”, entonces sí sería pertinente alegar como causal de nulidad el hecho de no estar firmada la diligencia de audiencia por el Oficial Mayor del Juzgado; pero si bien es verdad que la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal propuso esta innovación, también es cierto que, el problema relativo a deberes y obligaciones de los Secretarios se acordó se rigiera por el capítulo pertinente del libro de Organización Judicial, y esta la razón para que se suprimiera ese artículo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

**Vistos:**

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga condenó a José Rojas Aguilar a la pena de quince años de presidio y accesorias consiguientes por el delito de homicidio cometido en la persona de José Hernández, hecho acaecido en las primeras horas de la mañana del día veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, en la sección de "Altamira" fracción de "Monterredondo" correspondiente al Municipio de Matanza.

El Tribunal Superior del mismo Distrito, en sentencia de diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, en su parte resolutive hizo estas declaraciones:

"Resuelve: 1º—No es el caso de decretar la nulidad demandada por el señor defensor del procesado; 2º—**Confírmase** la sentencia apelada, pero la reforma y completa en el sentido de condenar al procesado a la publicación especial del fallo, a la pérdida de la patria potestad y a la del arma con que se cometió el delito, la cual se confiscará y entregará al Estado".

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación. Formulada la demanda y contestada ésta por el Procurador Delegado en lo Penal se procede a su estudio:

**Demanda de casación**

Se alega como causal de casación la del numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en consecuencia, pide se anule la actuación y se ordene reponer el procedimiento desde la celebración de la audiencia pública, para que ésta se verifique con intervención de un nuevo jurado.

**Causal cuarta**

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

**Fundamento de la causal**

Para sustentar la causal alegada invoca como motivos los siguientes:

"De la audiencia verificada dentro del juicio por homicidio contra José Rojas Aguilar se extendió un acta, en la cual no se dejó constancia de todas las personas que intervinieron en ella y que no se firmó por quienes debían hacerlo. En efecto: en dicha audiencia intervino como secretario durante gran parte de ella el señor Gonzalo Arenas, quien no es secretario del Juzgado, y de su inter-

vención no quedó constancia alguna en el acta, ni dicha acta fue firmada por éste, como ha debido hacerse al tenor del artículo 475 pertinente del C. de P. P.

"2.—El artículo 151 del C. de P. P. establece que el acta hace fe, mientras no sea tachada de falsedad y probada su falsedad, de todo lo que el juez o funcionario atestigüe haber hecho u observado o que ha sucedido en su presencia.

"3.—Mediante certificado otorgado por el señor Juez Tercero Superior de Bucaramanga se estableció que el señor Gonzalo Arenas intervino en la audiencia pública, sin que de su intervención se hubiera dejado constancia en el acta y sin que el referido señor hubiera firmado el acta respectiva.

"4.—El artículo 152 del C. de P. P. establece que "**es nula** el acta en que falte la indicación de la fecha y lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la **designación** de las personas que intervinieron en ella.

"5.—El artículo 202 del C. de P. P. establece que "cuando la ley exija con sanción de nulidad que se llenen ciertas formalidades en determinados actos y dichas formalidades no se observaren, se considerará, sin necesidad de resolución especial, que tales actos no se han verificado.

"6.—De acuerdo con lo anterior, por haberse permitido una formalidad que ha debido observarse bajo sanción de nulidad, debe considerarse por mandamiento legal expreso que el acto probado mediante el acta nula por los motivos alegados no se ha verificado.

"7.—Por todo lo anterior, al pronunciarse sentencia de segunda instancia en el juicio de homicidio contra Rojas Aguilar, viciado de nulidad, toda vez que por mandato legal debe considerarse que el referido juicio no se celebró audiencia pública en el día y hora señalados, hay lugar a que se case la sentencia, que es violatoria de la ley procedimental".

**Concepto del Ministerio Público**

El señor Procurador Delegado en lo Penal al contestar el traslado de la demanda, después de transcribir el informe rendido por el Juzgado Tercero Superior, en el cual se hacen constar los motivos que hicieron intervenir en la audiencia al Oficial Mayor del Juzgado, hace un estudio sobre la nulidad alegada y pide como conclusión no se case la sentencia por estas razones:

"Como lo afirma el demandante, de la actuación del Oficial Mayor no se dejó constancia en el acta de la audiencia, ni dicho empleado la firmó.

"En esta omisión funda la nulidad que alega, ya que no ataca la legalidad de la actuación del Oficial Mayor, es decir, la facultad de reemplazar al Secretario en las audiencias.

"Ahora bien, dicha omisión no constituye falsedad del acta ni nulidad o inexistencia de la misma, como lo pretende el demandante, pues, conforme al artículo 475 del Código de Procedimiento Penal, "de todo lo sucedido durante la audiencia el Secretario extenderá un acta debidamente detallada, que firmarán el Juez, el Secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella. Antes de firmarla será leída a los que deban suscribirla; si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, así lo hará constar en el acta".

"De modo que si el demandante, en su calidad de defensor del procesado, al tener conocimiento del contenido y redacción del acta de las audiencias, no hizo el correspondiente reparo o rectificación, expresó con ello su conformidad y aceptación del acta. Y el alegar hoy la nulidad de dicho documento, sólo puede tenerse como un recurso de última hora, carente hasta de seriedad.

"Además, como lo anota el Tribunal, la omisión en referencia en nada cercenó los derechos del acusado, ni alteró las bases de la organización judicial, ni las del proceso penal".

### Nulidad

La tesis de nulidad fue invocada por el recurrente, ante el respectivo Tribunal, cuando esta entidad revisó la sentencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

Pero en esa oportunidad, la entidad falladora rechazó las pretensiones del defensor sobre la pretendida nulidad y sobre el punto concreto expresó:

"Las nulidades se hallan establecidas principalmente en favor del procesado, a fin de que pueda ejercitar su derecho de defensa en la forma amplia y completa que previó el espíritu del legislador y el del constituyente. La ley ha querido que los procesos penales se adelanten con la plenitud de formas propias a la naturaleza del negocio y a la efectividad de los derechos del acusado. En desarrollo de ese pensamiento, el código procesal penal consagró en los artículos 198 y 199 las causales de nulidad comunes a toda clase de juicios, y las especiales y propias de aquellos en los cuales interviene el Jurado. Estas causales, como hechos de excepción dentro del proceso, deben entenderse y aplicarse restrictivamente, sin que se

puedan extender por analogía a situaciones que presenten visos de irregularidad. Con todo, la jurisprudencia ha sentado que, a más de las nulidades adjetivas, o sean aquellas señaladas por los artículos 198 y 199, existen las sustantivas, o sean aquellas que se originan en hechos que quebrantan el derecho de defensa, lo imposibilitan y anulan.

"En el caso que se estudia, ni siquiera se incurrió en irregularidad, al reemplazar durante la audiencia el Oficial Mayor al Secretario, por cuanto que tal reemplazo está previsto y autorizado por el artículo 122 del Código de Organización Judicial. Debe sí, procederse en esos casos, a consignar en el acta tal reemplazo, para mayor claridad del debate oral de la audiencia.

"La intervención o reemplazo del Oficial Mayor, en nada afecta ni imposibilita el derecho de defensa, de modo que los fines propios del debate oral se cumplieron, sin que hubiera menoscabo de las garantías constitucionales o legales consagradas para el acusado.

"En síntesis: no constituye causal de nulidad el hecho de que el Oficial Mayor reemplace durante las audiencias al Secretario, pero en el acta debe consignarse esa circunstancia, en guarda de la veracidad y precisión de las actas judiciales".

Se considera:

Los artículos 149 y 475 del Código de Procedimiento Penal, en su contenido esencial, son idénticos; ambos indican las normas que deben cumplirse dentro de la actuación procesal; en su primera parte, dicen que de toda diligencia que se practique se extenderá la correspondiente acta, la cual será firmada por el juez o funcionario que la practique, su secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella; y en su segunda parte, establecen un precepto obligatorio en el cumplimiento de esas diligencias, o sea, que antes de firmarse el acta debe ser leída a las personas que deben suscribirla, para que si alguna de ellas tuviera reparos o rectificaciones que hacerle, por inexactitud o deficiencia, se haga constar en el acta respectiva. Pero no todas las omisiones o irregularidades que puedan presentarse en la redacción del acta son constitutivas de nulidades, sino únicamente aquellos vicios que por afectar de manera sustancial el contenido de la misma fueron expresamente reconocidos por el legislador como motivos de nulidad.

En efecto, ni en las disposiciones citadas, ni el capítulo que trata de las nulidades que se originan en los procesos penales, se ha consagrado como causal de nulidad la omisión proveniente de

no haber autorizado —el Oficial Mayor del Juzgado— con su firma el acta de audiencia, cuando por cualquier circunstancia este funcionario o empleado público intervino en la respectiva diligencia en vez del respectivo Secretario. Este hecho, si bien puede constituir una irregularidad, no es de tanta monta que tenga la virtud suficiente para originar una nulidad.

Los deberes y obligaciones de los secretarios como de los oficiales mayores de los juzgados, por expresa determinación de la ley, se rigen por las disposiciones del Título III del Código de Organización Judicial (ley 105 de 1931) y entre las atribuciones concedidas a los segundos está la de reemplazar a los secretarios en sus faltas accidentales o temporales, así como en las absolutas, mientras se hace el nombramiento y se posesiona el individuo a quien se nombra. Dichos Oficiales —cuando el juez o funcionario lo crea conveniente— pueden reemplazar también al Secretario en las audiencias, o en las diligencias que se practiquen fuera de la Secretaría, o en esta misma, cuando el Secretario no concurra a las referidas diligencias, de modo de mantener siempre abierto el despacho al público. De manera que por este aspecto, la intervención del Oficial Mayor en la diligencia de audiencia es legal, y el acta aunque no contenga su firma, sino la del Secretario, no está viciada de nulidad.

Si la ley dijera que “en todos los actos del proceso penal, el funcionario o Juez debe estar asistido por su Secretario o por un Secretario *ad-hoc*, so pena de nulidad”, entonces sí sería pertinente alegar como causal de nulidad el hecho de no estar firmada la diligencia de audiencia por el Oficial Mayor del Juzgado; pero si bien es verdad que la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal propuso esta innovación, también es cierto que el problema relativo a deberes y obligaciones de los Secretarios se acordó se rigiera por el capítulo pertinente al libro de Organización Judicial, y esta la razón para que se suprimiera este artículo.

Para los casos en que es indispensable la presencia permanente del Secretario, como son —entre

otros— la recepción de pruebas, declaración de testigos, inspección ocular, etc., la ley de procedimiento penal en sus respectivos capítulos consignó de manera expresa la obligación de estar presente —en dichos actos— el Secretario del Juez o funcionario que adelanta la investigación o conoce del proceso. Fuera de los casos expresamente determinados por la ley, la presencia del Secretario no es indispensable, porque la asistencia del Secretario se presta autorizando el auto o diligencia con su respectiva firma.

Descartado el motivo de nulidad, la causal alegada con fundamento en los artículos 151 y 152 carece de importancia, lo primero, porque la diligencia de audiencia o el acta en que ella consta, no ha sido tachada de falsa y por consiguiente ella hace fe de todo lo que el juez atestigüe haber hecho y observado o que ha sucedido en su presencia, y lo segundo, porque el acta no es nula, pues ella contiene la designación de todas las personas que intervinieron en ella, porque —se repite— la no autorización de la diligencia de audiencia por el oficial mayor del juzgado no está erigida por la ley como causal de nulidad. Esa irregularidad se suple con la firma del secretario y con la autorización explícita del procesado y defensor al no hacer ningún reparo al acta y dar su aquiescencia a todo lo sucedido mediante su firma.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, **NO INVALIDA** el fallo de diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y siete por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó a José Rojas Aguilar a la pena principal de quince (15) años de presidio y accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Ricardo Jordán Jiménez.** — **Francisco Bruso.** — **Jorge E. Gutiérrez Anzola.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Domingo Sarasty M.** — **Julio E. Argüello E.,** Secretario.

## CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

Las seguridades que la ley procedimental confiere para el juzgamiento de los infractores de la ley penal, no sólo hacen referencia a las garantías de que debe disfrutar el sindicado o procesado en relación con la administración de justicia, sino también, a aquellas seguridades personales a que tiene derecho para la conservación de su integridad personal, y es natural y obvio que si en el lugar donde se cometió el delito pelagra su vida por la amenaza o posible ejecución de hechos que atentan contra su integridad personal, ese lugar es el menos aconsejable para su juzgamiento y en orden a garantizar esos derechos el proceso debe radicarse en un Distrito Judicial distinto, donde el lugar sea más propicio para proteger la vida e integridad humana del procesado, y la justicia tenga un ambiente más propicio para su cumplido desarrollo.

Si el delito por la forma y gravedad en que se realizó "ha despertado consternación, pavor e indignación en todos los círculos sociales" es natural que esa indignación que se traduce en enojo, ira o enfado contra la persona o contra los actos realizados por ella, tenga sus proyecciones sobre todos los elementos que en un momento dado componen determinado núcleo social. Y así la influencia de esa pasión proveniente de un hecho delictuoso, en el cual sus protagonistas ocupan puesto preeminente dentro de la sociedad, bien puede influir en el ánimo de las personas que por uno u otro motivo tengan que administrar justicia, y es, precisamente, para evitar estos factores de perturbación en la recta administración de justicia por lo que la ley estableció un derecho en favor de los sindicados o procesados para que puedan ser juzgados en un Distrito Judicial distinto de aquel en que se cometió el delito.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

## Vistos:

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, la solicitud sobre cambio de radicación, formulada por el apoderado del Reverendo Padre Gabriel Obeso, para que la Sala, en función del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita su concepto.

## Elementos probatorios

Para demostrar los motivos que hacen aconsejable el cambio de radicación del proceso, se acompañan a la solicitud los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Secretario del Juzgado Primero Superior de Cúcuta en el cual consta, que en dicho Juzgado se adelanta un sumario contra el Presbítero Gabriel Obeso, por un delito de homicidio ejecutado en la persona de Josefina Prada Muñoz.

b) Testimonio de los señores Pablo Contreras y Jorge A. Yañez, quienes declaran sobre la conveniencia del cambio de radicación del proceso.

c) Oficio dirigido por la Curia Diocesana de Pamplona al Juez Primero Superior de Cúcuta, en el cual se dice que el Juzgado ha violado las disposiciones del Concordato vigente.

d) Las notas cruzadas entre el Ministerio de Justicia y el Juez Primero Superior de Cúcuta doctor Miguel Vega Olaya.

e) Certificado de los doctores Manuel A. Sanclemente, del Médico Director de la Cárcel doctor W. Ramírez, del Médico Director del Hospital doctor Alirio Sánchez, en los cuales se afirma que el Padre Gabriel Obeso debe ser trasladado a otro lugar para su observación clínica y pronta curación.

## Fundamentos de derecho

Como fundamento de la solicitud se invoca el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal que determina que en cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos cuya competencia sea de los jueces superiores, sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito.

Esta determinación puede tomarse de oficio o a solicitud de parte, cuando el cambio de radicación sea necesario y conveniente para la recta administración de justicia, previa la demostración de los motivos que aconsejen esa medida.

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso de un Distrito Judicial a otro es una medida de carácter excepcional que limita en cierto modo el principio de la jurisdicción y competencia del funcionario en cuyo territorio se cometió la infracción penal para que el procesado sea juzgado en un Distrito Judicial distinto de aquel en que se realizó el hecho.

Así, pues, los cambios de radicación no se justifican sino cuando aparecen claramente establecidos los motivos que hacen aconsejable tal medida, óra por ser ello conveniente para la administración de justicia, ya también, por la determinación de factores o circunstancias que en forma directa o indirecta puedan menoscabar los intereses del sindicado o procesado, o los de la sociedad.

Es lógico que la prueba pertinente a demostrar los motivos en los cuales se funda el cambio de radicación, no es aquella que tiene el carácter de plena prueba ante la ley; basta que los documentos o comprobantes acompañados sirvan de base para que la Corte pueda formarse un criterio de conjunto, ora sobre las actuaciones de los jueces, ya sobre irregularidades en el procedimiento o acerca del ambiente judicial o público, para que la Corte pueda aconsejar el traslado de un proceso ante otros jueces, respecto de quienes no tengan aprensión alguna los interesados".

Cuando los motivos que se aducen para el cambio de radicación de un proceso se acreditan por medio de la prueba testimonial, es necesario e indispensable que los testigos expresen los motivos o causas en las cuales se fundan los posibles temores de que la administración de justicia puede sufrir algún quebranto o que los intereses del procesado pueden sufrir menoscabo por influencias extrañas de pasiones políticas o sociales en relación con los funcionarios o personas encargados de administrar justicia.

La simple manifestación que hace el testigo de que determinado proceso "ha despertado sensación pasional" y de que "las gentes siguen apasionadas" por el desarrollo de los hechos, o de "que el ambiente social es muy reducido" no es una declaración que lleve un elemento de convicción para que la Corte pueda emitir un concepto favorable, porque esas declaraciones no expresan cuál es el

estado pasional o cuál el ambiente perjudicial o favorable para la recta administración de justicia.

No es misión de los testigos la de emitir concepto sobre el cambio de radicación del proceso; esa es función propia de la Corte Suprema de Justicia y no de los declarantes, máxime cuando la prueba testimonial traída por el apoderado del procesado —como en el caso de estudio— está desprovista de todo elemento de convicción. La simple enunciación de un estado pasional cuando no se expresa en qué consiste, o la inconveniencia de juzgar a una persona en determinado lugar sin que se expresen los motivos que existen para ello no prueba ni demuestra nada, y en estas condiciones la Corte no podría emitir un concepto favorable al cambio de radicación.

Sin embargo, en estas diligencias hay constancia de las notas cruzadas entre el Ministerio de Justicia y el Juzgado Primero Superior de Cúcuta; el primero, reclama el cumplimiento del artículo 7º, de la norma adicional concordataria vigente sobre detención de los Eclesiásticos, para que el Presbítero Gabriel Obeso no sea recluso en un establecimiento carcelario sino en "sitios donde además de estar debida y seguramente custodiados se les pueda dispensar los miramientos a que tienen derecho por su carácter sacerdotal"; y el segundo, sostiene que el Padre Gabriel Obeso disfruta "de todos los miramientos, todas las consideraciones debidas a su sagrado ministerio, ambiente espiritual propicio, separado por completo de todo preso, pero en la Cárcel y no precisamente hípico refugio campestre".

En ese documento afirma el Juzgado que la detención del Presbítero Gabriel Obeso en "conventos, otros lugares similares, ofrecen riesgo persona detenido por parte pueblo y particularmente familiares víctima". Que la "magnitud del delito ha despertado consternación, pavor, tremenda indignación todos los círculos sociales, acusa extraordinaria peligrosidad detenido a quien ciudad brindole cariñosa, hospitalaria acogida con resultados conocemos" que por esto ciudadanía experimentó sensación de alivio cuando enteróse que Padre Obeso disfrutaba todas las comodidades y miramientos debidos a su fuero Eclesiástico pero en la CARCEL y no "en hípico refugio campestre".

Las seguridades que la ley procedimental confiere para el juzgamiento de los infractores de la ley penal, no solo hacen referencia a las garantías de que debe disfrutar el sindicado o procesado en relación con la administración de justicia, sino también, a aquellas seguridades personales a que tie-

de derecho para la conservación de su integridad personal, y es natural y obvio que si en el lugar donde se cometió el delito pelagra su vida por la amenaza o posible ejecución de hechos que atentan contra su integridad personal, ese lugar es el menos aconsejable para su juzgamiento y en orden a garantizar esos derechos el proceso debe radicarse en un Distrito Judicial distinto, donde el lugar sea más propicio para proteger la vida e integridad humana del procesado, y la justicia tenga un ambiente más propio para su cumplido desarrollo.

Si el delito por la forma y gravedad en que se realizó "ha despertado consternación, pavor e indignación en todos los círculos sociales" es natural que esa indignación que se traduce en enojo, ira y enfado contra la persona o contra los actos realizados por ella, tenga sus proyecciones sobre todos los elementos que en un momento dado componen el determinado núcleo social. Y así la influencia de esa pasión proveniente de un hecho delictuoso, en el cual sus protagonistas ocupan puesto preeminente dentro de la sociedad, bien pueden influir en el ánimo de las personas que por uno u otro motivo tengan que administrar justicia, y es, precisamente, para evitar estos factores de perturbación en la recta administración de justicia por lo que la ley estableció un derecho en favor de los sindicados o procesados para que puedan ser juzgados en un Distrito Judicial distinto de aquel en que se cometió el delito.

Por otra parte, los médicos que han tratado al

Presbítero Gabriel Obeso expresan que "debe ser sometido a una rigurosa observación clínica de su estado psíquico, para lo cual es conveniente aislarlo totalmente del medio social en que hasta ahora ha vivido" y que el Hospital de San Juan de Dios de Cúcuta "no sería el lugar más adecuado para la tranquilidad y reposición del enfermo, en donde su aislamiento no sería total y más bien de funestas consecuencias por haber vivido acá y este es un motivo para despertar reflejos psíquicos que podrían desencadenar lo que se trata de evitar".

Si bien es cierto que esos certificados médicos no pueden tomarse como pruebas para emitir un concepto favorable al cambio de radicación del proceso, por no emanar de los Médicos Legistas de la ciudad de Cúcuta, ello sirve para respaldar la prueba anterior y sobre la cual se funda el concepto de favorabilidad que emite la Sala.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, emite concepto FAVORABLE sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra el Reverendo Pabre Gabriel Obeso por un delito de homicidio consumado en la persona de Josefina Prada Muñoz.

Cópiese y devuélvase estas diligencias al Ministerio de Justicia.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorré. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## IMPEDIMENTOS. — PARTES EN EL PROCESO PENAL

La causal de impedimento consagrada por el numeral 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene operancia cuando el juez o magistrado, o su mujer son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el apoderado o defensor de alguna de las partes.

El Código de Procedimiento Penal, no determina en forma expresa quiénes son las partes en el proceso penal, pero dentro del Título que hace referencia a las personas que pueden intervenir en el proceso, señala entre otras, al Agente del Ministerio Público, al procesado, al apoderado o defensor, y estrictamente, a la parte civil, lo que equivale decir, que dentro de la ley sólo puede darse la calidad de partes a las personas anteriormente nombradas; toda otra persona, que en forma secundaria intervenga en el proceso no tiene la categoría de parte, según se desprende del contenido del artículo 1º de la Ley 107 de 1943.

La persona que presta una fianza hipotecaria para garantizar las obligaciones que le impone el funcionario de la rama jurisdiccional al sindicado o procesado, para gozar del beneficio de libertad provisional, no tiene el carácter de parte en el juicio penal, ora porque su intervención como la de su apoderado es secundaria en relación con los resultados finales del juicio penal, ya también, porque la ley no le asigna esa calidad. Por consiguiente, el apoderado que en un incidente de cancelación de una fianza representa a un tercero ajeno a los resultados finales del juicio, no lleva la personería de ninguna de las partes que intervienen en el proceso penal, ya que partes, según la ley y la doctrina jurisprudencial de la Corte, solamente son: el Agente del Ministerio Público, el sujeto penal representado por su apoderado o defensor y la parte civil.

Si dentro de la enumeración taxativa que trae el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, se hubiera dado al fiador de

cárcel el carácter de parte, entonces si prosperaría la causal invocada por el Magistrado Martínez, pero no existiendo una norma legal en la cual pueda fundarse el derecho invocado, el impedimento no es legal.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, la Sala habrá de decidir sobre el impedimento manifestado por el doctor Máximo H. Martínez y que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali declaró infundado.

### Hechos

A Bernabé Quiñones Quiñones se le sindicó por la comisión de un delito de homicidio, y dentro del sumario se ordenó la detención provisional del sindicado.

Posteriormente, con fundamento en el derecho consagrado por los artículos 23 de la ley 4ª de 1943 y 397 del Código de Procedimiento Penal, solicitó el beneficio de libertad provisional, por haber permanecido en detención preventiva más de 180 días sin que se hubiera dictado el correspondiente auto de proceder. El Juzgado Segundo Superior concedió el beneficio de libertad provisional mediante caución de cinco mil pesos (\$ 5.000) caución que fue reducida por el Juzgado a la cantidad de "tres mil pesos pero dejándole su carácter de hipotecaria".

La fianza hipotecaria fue constituida por el señor Humberto Casas, mediante escritura número dos mil cuatrocientos trece (2.413) de fecha 1 de diciembre de 1947. En memorial de 24 de abril de 1948 Humberto Casas (fiador hipotecario) pidió al Juzgado la cancelación de dicha fianza, pero el Juzgado en auto de 5 de mayo del presente año negó la solicitud, providencia que fue apelada por

Humberto Casas por cuyo motivo el negocio pasó al Tribunal.

Humberto Casas G. nombró como apoderado en este incidente y para que lo representara ante el Tribunal al doctor Hernando Valencia C.

### Impedimento

El Magistrado Máximo H. Martínez en auto de agosto 20 del presente año, se declaró impedido para conocer del negocio por concurrir en él la causal de impedimento prevista en el ordinal 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, "o sea el parentesco en cuarto grado de consanguinidad, con el mandatario judicial del apelante, doctor Hernando Valencia C., quien representa al interesado señor Casas G., en su carácter de fiador hipotecario del procesado Bernabé Quiñones".

Pero el Tribunal en providencia de 29 de septiembre del presente año, declaró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Martínez diciendo que "la causal por él invocada se refiere precisamente al caso de que el doctor Hernando Valencia C. fuera apoderado o defensor de alguna de las partes en el proceso, y tan sólo lo es del señor Casas G., en su carácter de fiador hipotecario del procesado Bernabé Quiñones" y también porque Humberto Casas no es parte en el proceso penal.

#### Se considera:

La causal de impedimento consagrada por el numeral 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene operancia cuando el juez o magistrado, o su mujer son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el apoderado o defensor de alguna de las partes.

Es cierto que el Código de Procedimiento Penal, no determina en forma expresa quiénes son las partes en el proceso penal, pero dentro del Título que hace referencia a las personas que pueden intervenir en el proceso, señala entre otras, al Agente del Ministerio Público, al procesado, al apoderado o defensor, y estrictamente, a la parte civil, lo que equivale a decir, que dentro de la ley sólo puede darse la calidad de partes a las personas anteriormente nombradas; toda otra persona, que en forma secundaria intervenga en el proceso no tiene la categoría de parte, según se

desprende del contenido del artículo 1º de la ley 107 de 1943.

Las causales de impedimento que pueden surgir en el proceso penal fueron reglamentadas expresamente por la ley procedimental, y ellas, por tanto, no pueden deducirse con aplicación de lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, para que en tal sentido pueda darse aplicación a las causales de impedimento contenidas en la norma del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

Las causales de impedimento en los procesos penales son taxativas, así lo expresó la comisión redactora del Código cuando afirma: "Hemos procurado no extender demasiado las causas de impedimento, limitándolas a aquellas circunstancias que notoriamente lo constituyen, teniendo presente para ello lo establecido en la legislación nacional y en varias de las extranjeras".

"Fuera de esas causas, pueden ocurrir circunstancias que justamente hagan presumir falta de imparcialidad en el juzgador, pero es preferible una enumeración taxativa a dejar abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia".

Es claro que si las causales de impedimento son taxativas, el juez o magistrado no puede invocar otra u otras fuera de aquellas que han sido consignadas expresamente por la ley, y en la enumeración que trae el artículo 73 no está la que invoca el Magistrado. El impedimento no tiene fundamento legal.

La persona que presta una fianza hipotecaria para garantizar las obligaciones que impone el funcionario de la rama jurisdiccional al sindicado o procesado, para gozar del beneficio de libertad provisional, no tiene el carácter de parte en el juicio penal, ora porque su intervención como la de su apoderado es secundaria en relación con los resultados finales del juicio penal, ya también, porque la ley no le asigna esa calidad. Por consiguiente, el apoderado que en un incidente de cancelación de una fianza representa a un tercero ajeno a los resultados finales del juicio, no lleva la personería de ninguna de las partes que intervienen en el proceso penal, ya que partes, según la ley y la doctrina jurisprudencial de la Corte, solamente son: el Agente del Ministerio Público, el sujeto penal representado por su apoderado o defensor y la parte civil.

Si dentro de la enumeración taxativa que trae el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, se hubiera dado al fiador de cárcel el carácter de parte, entonces sí prosperaría la causal invocada por el Magistrado Martínez, pero no existiendo una norma legal en la cual pueda fundarse el derecho invocado, el impedimento no es legal.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que el Magistra-

do del Tribunal Superior de Cali doctor Máximo H. Martínez, no está impedido para conocer del proceso adelantado contra Bernabé Quiñones Quiñones por un delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



**COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUZGADO TERCERO SUPERIOR DE BARRANQUILLA Y EL JUZGADO PRIMERO SUPERIOR DE CARTAGENA. — ETAPAS FUNDAMENTALES DE LA CONSUMACION DE TODO DELITO. — DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA. — COMPETENCIA POR DELITOS CONTINUADOS O CRONICOS**

1.—En la consumación de todo delito se deben considerar dos etapas fundamentales: la una interna o subjetiva y la otra externa o de realización material de los hechos que configuran el delito. Si el propósito o la idea de quebrantar el orden social tutelado por el Estado, no se traduce en actos materiales que reflejen la intención del autor, ese hecho no se traduce como infracción penal, porque las simples ideas o los pensamientos escapan al control de la jurisdicción penal, pero cuando ese proceso de ideación criminal alcanza una concreción en actos externos, esos hechos configuran una infracción penal y es entonces cuando el Estado actúa por medio de los funcionarios de la rama jurisdiccional para restablecer el orden social quebrantado e imponer la correspondiente sanción.

2.—El delito de abuso de confianza se configura —en nuestra legislación— por la apropiación de una cosa mueble y ajena que se haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio. Es decir, que el elemento predominante en este delito es la apropiación, circunstancia ésta que determina el momento de la consumación de la infracción, sin que para esto sea necesaria la demostración o comprobación del dolo en el momento de recibir la cosa mueble ajena. Cuando se consuma la apropiación por la realización de un acto externo el propósito de su autor se traduce en actos materiales que caen bajo la sanción penal.

El delito de abuso de confianza puede revestir las características de un delito continuado cuando la intención, la voluntad y el fin en orden a la apropiación de las cosas se expresan y actúan en la esfera del mundo exterior en varios momentos en vez de realizarse en uno solo; el hecho de que el propósito delictivo se realice en diversas accio-

nes, no le quita al delito el carácter de continuado porque el propósito es continuo en la conciencia de su autor y discontinuo en cuanto a su ejecución. Las distintas formas de la acción no cambian el propósito ni la unidad del delito.

3.—De los procesos por delitos continuados o crónicos que se realizan en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones conocerán a prevención los jueces de todas ellas, dice el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. De manera que si el Juez Superior de Barranquilla fue la primera autoridad de la rama jurisdiccional que conoció del proceso, es natural y lógico que su competencia se extienda hasta la finalización del proceso mediante la respectiva sentencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

**Vistos:**

El Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en providencia de 8 de marzo de 1948; se declaró impedido para seguir conociendo de este negocio por no ser de su competencia, y ordenó remitir las diligencias al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Cartagena porque en su concepto era de este funcionario la competencia.

El Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cartagena en auto de 6 de agosto del presente año, después de analizar las razones en las cuales se funda el Juzgado Tercero Superior de Barranquilla para provocar la competencia negativa, resolvió no aceptarla "por tratarse de delitos de la competencia del Juez Superior de Barranquilla", y ordenó devolver el negocio a dicho funcionario, quien en providencia de 6 de septiembre

de este año dispuso remitir el negocio a esta entidad, para que resuelva lo que sea legal.

### Hechos

El 20 de octubre de 1947 se presentó a la Compañía Colombiana de Seguros, Manuel Crespo, e informó al Gerente de dicha Empresa que tenía conocimiento de que el día 23 del mes y año citados, a las cinco de la mañana en el punto denominado "El Boquerón" del Mar Caribe situado en la vía hacia Tolú tendría ocurrencia el incendio de la lancha "Nueva A B C" de propiedad de Mario Olacieregui, en el viaje de subida número 51 con destino a Montería, y también manifestó que toda la carga que transportaba dicha nave sería saqueada.

Estos hechos se pusieron en conocimiento de la autoridad correspondiente y los temores de Sánchez en relación con el saqueo de las mercancías que portaba la "Nueva A B C" y con el incendio de dicha nave tuvieron cumplida realización el día 23 de octubre de 1947.

En efecto: Antes de zarpar de Barranquilla la "Nueva A B C" con rumbo a Montería, algunos elementos de la tripulación por orden del capitán José Ramón Géneco se sacaron "dos cajitas como de cincuenta y cinco centímetros de largo por veinticinco de ancho las cuales contenían 'Moroline', una caja de madera, de tamaño mediano, que tenía manigueta de cabuya para poderla agarrar y cuatro llantas. También —se dice— fueron sustraídos cuatro bultos llevados por el señor Oswaldo Medina, tío del Capitán Géneco, a la lancha San Antonio, carga de la cual se sospecha pertenecía al cargamento de la "Nueva A B C".

En el Puerto de Santa Lucía (Departamento del Atlántico) el Capitán de la nave José Ramón Géneco vendió a Guillermo Eckard de León varias mercancías —entre otras— 11 paquetes de pintura, 3 gruesas de peinetas, 7 docenas de frascos de Píldoras de Hermosine, 2 quintales de bicarbonato que resultaron ser de sal de Glouber, 5 jeringuillas para inyectar ganado, 2 docenas de pomada Moroline, 10 cartones de pañuelos y unos estuches con polvos y lápices de labios para mujer.

En el Puerto de "Los Negritos" (Departamento de Bolívar) se dejó en casa de Luis Pérez Rocha, alguna mercancía de la que transportaba la lancha "Nueva A B C", mercancía que posteriormente fue recuperada en casa de Julio Jiménez.

El 23 de octubre de 1947 en el punto denominado "Boquerones" fue incendiada la "Nueva A B C".

El capitán de la nave dice que el incendio se produjo a consecuencia de una explosión en los motores, pero algunos individuos de la tripulación afirman que el incendio se originó porque el Capitán ordenó echar gasolina a la nave y luego incendiarla.

### Elementos probatorios

Con las pruebas allegadas al proceso se ha demostrado que el incendio de la nave "Nueva A B C" no se produjo por causas ocasionales provenientes de daños en los motores, sino como resultado de un acto intencional, pues todos los elementos probatorios convergen a demostrar que el incendio fue producto de un proceso deliberado, probablemente con el ánimo de ocultar el delito de apropiación de las mercancías y dar la sensación de que al incendiarse la "Nueva A B C" el cargamento que en ella se transportaba también se destruyó, ora por efecto del fuego que consumió la nave, ya también, por ser imposible rescatarlo del mar.

En cuanto al delito de apropiación de las mercancías el Juzgado Tercero Superior de Barranquilla dice que con la declaración de Luis R. Zabalá que tiene amplia corroboración en las demás pruebas del proceso se pueden acreditar los siguientes hechos:

1º—Apropiación de mercancía en la ciudad de Barranquilla cuando la lancha la "Nueva A B C" era cargada para zarpar con destino al Puerto de Montería.

2º—Apropiación de mercancías en el Puerto de Santa Lucía las cuales fueron vendidas al señor Guillermo Eckard.

3º—Apropiación de mercancías en el Puerto de "Los Negritos", Departamento de Bolívar, y

4º—Incendio de la lancha "Nueva A B C" en el sitio denominado "Boquerones", hecho que tuvo ocurrencia según declaraciones de las personas que componían la tripulación el día 23 de octubre de 1947.

En síntesis, los hechos realizados son los mismos que con anterioridad a su consumación fueron puestos en conocimiento del Gerente de la Compañía de Seguros —Sucursal de Barranquilla— por el señor Manuel Sánchez Crespo.

### Competencias

El Juzgado Tercero Superior de Barranquilla aduce tres motivos para sostener que no es com-

petente para conocer del delito investigado, los cuales pueden resumirse así:

a) Cuando se realiza un delito de abuso de confianza y en el proceso no se revela con hechos concretos el lugar de la apropiación, debe aceptarse como lugar de consumación aquél en donde debía verificarse la entrega.

b) El delito de abuso de confianza es instantáneo, pero en el caso *sub judice* no se trata de varias infracciones penales sino de un delito continuado; según la norma del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal conoce a prevención el Juez Superior de Cartagena pues en esa jurisdicción se inició la correspondiente investigación, y

c) Los delitos investigados pertenecen a la figura del concurso material de delitos y para el caso de que estén sometidos a diversas jerarquías judiciales corresponde la competencia al que conoce del más grave (artículo 50 del C. de P. P.) y en este caso el más grave es el delito de incendio.

El Juzgado Primero Superior de Cartagena en auto de seis de agosto del presente año afirmó no ser competente para conocer del proceso y aduce como razones las siguientes:

a) En el proceso si hay prueba fehaciente para determinar que la apropiación de las mercancías tuvo lugar en la ciudad de Barranquilla, Santa Lucía y "Los Negritos".

b) Aún aceptando que el delito más grave es el de incendio realizado en el Distrito Judicial de Cartagena, la disposición del artículo 50 no es aplicable al negocio porque ella "se refiere" a la competencia jerárquica y no a la jurisdicción territorial.

Se considera:

La facultad de la Corte para resolver el problema de competencias surgidas entre el Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la consagra el artículo 42, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal que determina que la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala Penal conoce de la decisión de las competencias que se hayan suscitado entre dos juzgados de Distritos Judiciales, y en orden al cumplimiento de ese mandato se procede a dilucidar el problema planteado por los Jueces Superiores de Barranquilla y Cartagena.

En la consumación de todo delito se deben considerar dos etapas fundamentales: la una interna o subjetiva y la otra externa o de realización material de los hechos que configuran el delito. Si el propósito o la idea de quebrantar el orden social

tutelado por el Estado, no se traduce en actos materiales que reflejen la intención del autor, ese hecho no se traduce como infracción penal, porque las simples ideas o los pensamientos escapan al control de la jurisdicción penal, pero cuando ese proceso de ideación criminal alcanza una concreción en actos externos, esos hechos configuran una infracción penal y es entonces cuando el Estado actúa por medio de los funcionarios de la rama jurisdiccional para restablecer el orden social quebrantado e imponer la correspondiente sanción.

Los delitos que se imputan a los sindicados son el de abuso de confianza e incendio; el primero, configurado por la apropiación de las mercancías que debía transportar la nave "Nueva ABC" y el segundo, proveniente del incendio, hecho cumplido cuando la embarcación "Nueva ABC" se encontraba surta en el Puerto denominado Boquerones del Caribe.

El delito de abuso de confianza se configura —en nuestra legislación— por la apropiación de una cosa mueble y ajena que se haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio. Es decir, que el elemento predominante en este delito es la apropiación, circunstancia esta que determina el momento de la consumación de la infracción, sin que para esto sea necesaria la demostración o comprobación del dolo en el momento de recibir la cosa mueble ajena. Cuando se consuma la apropiación por la realización de un acto externo el propósito de su autor se traduce en actos materiales que caen bajo la sanción penal.

El delito de abuso de confianza puede revestir las características de un delito continuado cuando la intención, la voluntad y el fin en orden a la apropiación de las cosas se expresan y actúan en la esfera del mundo exterior en varios momentos en vez de realizarse en uno solo; el hecho de que el propósito delictivo se realice en diversas acciones, no le quita al delito el carácter de continuado porque el propósito es continuo en la conciencia de su autor y discontinuo en cuanto a su ejecución. Las distintas formas de la acción no cambian el propósito ni la unidad del delito.

De los procesos por delitos continuados o crónicos que se realizan en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones conocerán a prevención los jueces de todas ellas, dice el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. De manera que si el Juez Superior de Barranquilla fue la primera autoridad de la rama jurisdiccional que conoció del proceso, es natural y lógico que su competencia

se extienda hasta la finalización del proceso mediante la respectiva sentencia.

Cuando se reciba una cosa ajena a título no traslativo de dominio, debe conocer del proceso penal el juez del lugar donde la cosa o su correspondiente valor debía entregarse ya que el proceso anterior a la realización de la entrega puede ser objeto de actos equívocos por lo menos en cuanto a la intención de apropiarse o hacer uso indebido de las cosas que se reciban, pues sólo en el lugar donde debe verificarse la entrega o su valor el propósito adquiere una realidad concreta objetivada por la apropiación de las cosas, cosas o valor que se le confieren a su autor por un título no traslativo de dominio.

Pero la doctrina de la Corte —invocada por el Juez Superior de Barranquilla— no tiene aplicación en el caso de estudio porque los primeros actos de apropiación de las mercancías que debía transportar la “Nueva A B C” tuvieron ocurrencia en esa ciudad; así lo afirma el Juzgado cuando dice que hubo apropiación de mercancías en la ciudad de Barranquilla “cuando la lancha “Nueva A B C” era cargada para zarpar con destino al Puerto de Montería”. De manera que si el propósito criminal de sus actores fue exteriorizado en la ciudad de Barranquilla mediante la apropiación de dos cajas de Moroline, otra caja de madera tamaño mediano, cuatro llantas y cuatro bultos de mercancía que fueron transportados de la “Nueva A B C” a la lancha San Antonio, por este aspecto y de conformidad con el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal la competencia es del Juzgado Superior de Barranquilla.

El artículo 45 del Código de Procedimiento Penal en sus numerales f) y j) determina que los Juzgados Superiores del Distrito Judicial conocen, con intervención del Jurado, de los delitos de incendio y abuso de confianza cuando la cuantía excede de mil pesos, y como los delitos investigados por ministerio de la ley han sido atribuidos a los Jueces Superiores, el conocimiento y fallo de estos negocios bien puede hacerlo tanto el Juez Superior de Cartagena como el de Barranquilla.

Cuando estos delitos se realizan dentro de un solo territorio no existe dificultad alguna para determinar la competencia: ésta se rige por la norma del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal.

Pero no sucede lo mismo cuando el abuso de confianza y el delito de incendio ocurren en territorios sometidos a distintas jurisdicciones; para estos casos concretos, rige la disposición del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal que dice que si el delito o delitos se realizan en lugares distintos prevendrá en el conocimiento del negocio el juez competente por la naturaleza del hecho y del lugar en que primero se formule el denuncia, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculgado.

Es un hecho evidente que en el Distrito Judicial de Barranquilla fue donde primeramente se tuvo conocimiento de los hechos delictuosos, con la circunstancia de que ellos fueron delatados días antes a su consumación. Y que en esa misma ciudad el Juzgado 27 de Instrucción Criminal por auto de 25 de octubre de 1947 dio principio a la investigación y que posteriormente según consta de autos la mayor parte de las detenciones se verificaron en esa ciudad, y que el funcionario competente que avocó el conocimiento de la investigación fue el Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla con prescindencia del Juez Superior de Cartagena.

En estas condiciones se cumplen los presupuestos procesales de los artículos 48, 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal para que el conocimiento de este negocio no sólo por la naturaleza del hecho sino también por el cumplimiento de los requisitos de la última de las disposiciones citadas sea de competencia del Juzgado Tercero Superior de Barranquilla.

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, dirime la colisión de competencias en el sentido de declarar que debe conocer de este proceso el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Dése cuenta de esta providencia al Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## JURISDICCION Y COMPETENCIA. — COMPETENCIA ABSOLUTA Y RELATIVA

1.—Jurisdicción y competencia no son términos sinónimos. El primero tiene un carácter general o más amplio, por cuanto que comprende la potestad que le es reconocida a los Jueces para administrar justicia, facultad delegada por el Estado a esos funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Por eso se dice que tienen jurisdicción aquellos funcionarios o entidades a quienes la Constitución y la ley facultan para administrar justicia penal.

En cambio, la competencia limita la jurisdicción, puesto que la reglamenta en su ejercicio, condicionada a diversas circunstancias, verbigracia, la naturaleza del hecho, el territorio donde fue cometida la infracción, y ciertos privilegios que en forma de fueros, permiten atribuir dicha competencia a Tribunales especiales.

2.—También podría sobre el tema en estudio decirse que hay una competencia ABSOLUTA y una competencia RELATIVA. La primera, como equivalente a ATRIBUCIONES, se predica con relación a la naturaleza del hecho mismo, y la segunda, como referente a la facultad de conocer de un determinado negocio, con exclusión de otros Jueces de la misma categoría jurisdiccional, se predica con relación al territorio en donde se consumó el delito.

3.—Es claro que todos estos principios tienen sus excepciones. Por eso la competencia ordinaria podría ser modificada en atención a la unidad de la acción penal, cuando varios delitos son investigados en un mismo proceso o fallarse varios que corresponden a distintas competencias. En ambas ocurrencias, tanto el concepto de la competencia que se funda en la naturaleza del hecho ilícito, es decir, la competencia absoluta, como la que le atribuye por razón del lugar de la comisión de un delito, a un determinado Juez el conocimiento de ese hecho, es decir, la competencia relativa, de una manera excepcional,

se cambia o modifica el concepto de la competencia.

A estos principios obedecen los artículos 50, 54, 55, 56 y 57 del Código Procesal Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

Vistos:

De conformidad con lo estatuido en el numeral 49 del artículo 42 del Código Procesal Penal, corresponde a la Corte dirimir la colisión de competencias suscitada entre el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para conocer del sumario contra Carlos Lafaurie Bolívar, por los delitos de falsedad y estafa que, en copias, ha remitido con tal fin el último de los funcionarios antes nombrados.

Antecedentes:

La investigación de los hechos delictuosos que ha dado lugar a la colisión de competencias, fue iniciada en la Inspección Novena Municipal de la ciudad de Barranquilla, por denuncia formulado por el doctor José Ulloque Meneses, como apoderado de los señores Tarquinio Corcione L. y José Botero Londoño, el día doce de marzo de mil novecientos cuarenta y siete contra Carlos Lafaurie Bolívar, vecino de la misma ciudad de Barranquilla.

Posteriormente, el señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a quien correspondió el conocimiento del negocio, estimó que debían investigarse por separado los hechos constitutivos del abuso de confianza de los que habían sido calificados como delitos de falsedad y estafa, lo que así ordenó por auto de veintitrés de abril del mismo año, correspondiendo entonces al señor Juez Tercero Superior del mismo Distrito Judicial, cono-

cer de la investigación de los delitos de falsedad y estafa.

El señor Juez Tercero Superior de Barranquilla consideró que los hechos denunciados como delitos de falsedad y estafa, habían ocurrido en la ciudad de Cartagena, según declaración del señor José Corcione y, en consecuencia, por auto de diez y seis de junio del año en curso, ordenó la remisión del proceso contra Carlos Lafaurie Bolívar, por aquellos delitos, al reparto de los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de Cartagena, en donde correspondió conocer del mismo al señor Juez Segundo Superior.

Fue entonces, cuando este funcionario, en providencia de tres de agosto pasado, se abstuvo de avocar el conocimiento del negocio, provocando colisión de competencia negativa al señor Juez Tercero Superior de Barranquilla, la que fundamentó en la siguiente forma:

"Según consta de autos, el proceso contra el señor Lafaurie Bolívar fue iniciado con motivo de la negociación llevada a cabo por el sindicado con la firma comercial Corcione Hermanos de Cartagena. Las operaciones de comercio habidas entre Corcione Hermanos y Lafaurie Bolívar, dio (sic) lugar a que el último girara a favor del primero un cheque por la cantidad de nueve mil setecientos cincuenta pesos (\$ 9.750.00), a cargo del Banco de Colombia de Barranquilla y a favor de Corcione, cheque que es de fecha diez de febrero y está distinguido con el número 06-B-2-2470, cheque éste que fue protestado por el Banco de Colombia por falta de fondos en la cuenta del girador, el día once de marzo del mismo año.

"Aportan los autos, además, la carta original de la Compañía Petrolera Zoconi, fechada en Barranquilla, el veintidós de febrero de 1947, que aparece al folio 3 del expediente respectivo.

"Los documentos mencionados han servido de base para acreditar la existencia de los delitos de falsedad y estafa, cuya consumación se llevó a cabo en la ciudad de Barranquilla, como muy bien puede apreciarse con la simple lectura de los citados documentos.

"La competencia por razón de la naturaleza del hecho no ofrece en el presente caso motivo de discusión o conflicto alguno, pero sí en cuanto esa competencia hace relación al territorio, caso en el cual el señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, concedió al testimonio del interesado señor José Corcione un valor probatorio superior al que, conforme a la ley este testimonio, puede tener, desestimando al mismo

tiempo el valor probatorio de los otros documentos que aporta el proceso y que se mencionaron antes, como lo son la carta con el membrete de la Compañía Petrolera Zoconi, y el cheque a cargo del Banco de Colombia en Barranquilla, girado y fechado en Barranquilla, y protestado por la agencia de ese Banco en la misma ciudad de Barranquilla.

"Refiriéndose el Código de Procedimiento Penal a la competencia por razón del territorio, dice el artículo 55: "Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio donde se cometió la infracción". El artículo 57 de la misma obra dice: "Si el lugar donde se cometió el delito fuere desconocido, o si se tratare de un delito cometido en el extranjero, o en lugares distintos, provendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en que primero se inicie la instrucción y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado.

"Los preceptos legales que se acaban de transcribir, ilustran y aclaran suficientemente, lo referente a la competencia del proceso ameritado, toda vez que, aun cuando se ignora exactamente si la negociación tuvo lugar en Cartagena o Barranquilla, es incuestionable que el hecho delictuoso de la estafa y de la falsedad, tuvo su perfecta consumación en la ciudad de Barranquilla. Mayormente si ha de tomarse en consideración que para los efectos de fijar la competencia por razón del territorio, no puede tomarse en cuenta el lugar de la negociación, sino el en que tuvo lugar el hecho o hechos que constituyen la infracción, que bien puede decirse es perfectamente independiente del negocio realizado.

"Para fijar el punto donde el hecho se cometió, no ha de estarse únicamente a lo que pueda decir el sindicado o el denunciante, sino que han de tomarse en cuenta los datos y elementos de convicción que aporte el mismo proceso. En el caso de autos existe la prueba de que su ejecución tuvo lugar en la ciudad de Barranquilla. Esta situación no la puede variar el hecho de ser la víctima o la persona perjudicada, natural o vecina de Cartagena, como tampoco la simple declaración del señor José Corcione, mayormente si para llegar a esa conclusión habría necesidad de prescindir del valor probatorio de los documentos mencionados y que figuran a los folios 3 y 64 del expediente".

Devuelto el expediente ameritado al Juzgado Tercero Superior de Barranquilla, el titular de ese

Despacho, por auto de fecha veintiocho de agosto de este año, se negó a conocer de él y ordenó dar cuenta a la Corte Suprema de Justicia para que resolviera la colisión planteada.

Funda su negativa el señor Juez Tercero Superior de Barranquilla, en las siguientes consideraciones:

1<sup>a</sup>—Que los delitos atribuidos a Carlos Lafaurie Bolívar, no fueron consumados en territorio del Departamento del Atlántico, sino en la ciudad de Cartagena;

2<sup>a</sup>—Que para efectos de la competencia, nada tiene que ver el lugar donde se trató de cobrar el cheque y donde se elaboró el documento falso.

Para sostener sus anteriores conceptos, el señor Juez Tercero Superior de Barranquilla, dice en cuanto al primero:

“La realidad procesal es lo suficientemente clara al respecto. Dice Tarquinio Corcione en declaración jurada: “El señor Lafaurie Bolívar, de septiembre a esta parte, había comprado varias facturas de menor cuantía, las que pagaba siempre de contado y a veces con plazo de cuatro a cinco días. Las mercancías las compraba en la casa “Corcione Hermanos” de Cartagena y la mayoría de las veces compraba los artículos a mí personalmente y a mí me los pagaba. Esta última mercancía, que tomé por valor de cheque que Ud. se refiere, fue en los primeros días del mes de febrero y la pagó con cheque de fecha diez de febrero por la suma de nueve mil setecientos cincuenta pesos, hizo el cheque a favor de José Corcione, que es hermano mío, y que mi hermano tiene cuenta aquí en Barranquilla, entonces mi hermano lo usó a favor del Banco de Londres, para conseguirlo en la misma fecha del cheque”. Dice el señor José Corcione: “El señor Carlos Lafaurie Bolívar con mucha frecuencia nos hacía compras a Corcione Hermanos, sociedad colectiva de comercio, establecida en esta ciudad, con derecho el suscrito a representar a dicha sociedad, de artículos tales como alambre de púas, rulas, manteca de cerdo, arroz y otros artículos más, haciendo pasar como abastecedor de una compañía extranjera “Sotony Company”, compañía ésta que decía Lafaurie tenía su oficina principal en Bogotá y en algunas otras partes del país. El declarante con vista en las declaraciones que hacía Lafaurie, como abastecedor de la compañía a que antes hago referencia, procedí (sic) a abrirle crédito toda vez que el declarante creía que efectivamente Lafaurie era el abastecedor de la Compañía. Al principio abastecía más o menos sumas que cubrían una parte

de los créditos. Posteriormente continué dándole crédito hasta aumentar la suma de nueve mil setecientos cincuenta pesos moneda colombiana, suma ésta que subió el crédito debido a que el sindicado Lafaurie Bolívar nos engañó diciendo que no había pagado, o mejor dicho no pagaba algunos cobros que le hicieron aduciendo que el Gerente principal de la Compañía había viajado al exterior.... Notificado que fue para la cancelación de la suma de nueve mil setecientos cincuenta pesos, él trató de molestarse y sacó la chequera y firmó el cheque que se me pone de presente extendido directamente por la suma antes citada a nombre del declarante.... Tanto la negociación comercial que celebró la casa “Corcione Hermanos” a que me (sic) me vengo haciendo referencia, como el otorgamiento del cheque se llevaron a cabo en esta ciudad....” (refiriéndose a la ciudad de Cartagena”).

Aducé también como razón de índole probatoria, para sostener que la competencia del negocio corresponde al Juez Superior de Cartagena, el dicho del mismo sindicado quien, en una de sus indagatorias, dice que la negociación de las mercancías fue celebrada en Cartagena y el cheque girado también en la misma ciudad.

Y en cuanto al segundo, se expresa así:

“Extremando el proceso considerativo podría argumentarse para sustentar la tesis de la consumación de la estafa en esta ciudad que para el perfeccionamiento de ese delito se requiere la efectiva producción del perjuicio y fue en esta ciudad donde se produjo el último acto consumativo del resto con el perjuicio derivado de la falta de pago del referido cheque. El argumento carece de consistencia aunque está constituido sobre una verdad jurídica en el campo del derecho penal. Está demostrado procesalmente que antes del no pago del cheque de marras, Corcione Hermanos había entregado mercancías al inculcado por valor de nueve mil setecientos cincuenta pesos y ese cheque estaba destinado a pagar el precio de esas mercancías. El daño, en la estafa, dice el expositor argentino Sebastián Soler, debe estar constituido y derivar directamente de la disposición patrimonial erróneamente tomada por el engaño (Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 356). De suerte pues que si se consumó el delito fue en la ciudad de Cartagena desde luego que en esa ciudad se hizo la entrega de la mercancía, y el cheque en mención ni siquiera es elemento constitutivo de esa infracción ni como resultado de una actividad independiente tiene autonomía para constituir una de-

lito de estafa, ya que no debe perderse de vista que los beneficiarios fueron advertidos de que debía cobrarse días después de aquel en que fue girado.

“En lo tocante al delito de falsedad documental de cuya existencia pretenden buscar prueba en la carta falsa, obrante al folio 3, dirigida por la Compañía Petrolera Zoconi al procesado Lafaurie Bolívar, convienen algunas observaciones para descartar la posibilidad de competencia del Juez Tercero Superior porque dicho documento hubiese sido elaborado en esta ciudad. No basta para la configuración jurídica del delito de falsedad en documentos privados, elaborar un documento falso. Es necesario, además, que esa mutación de la verdad vaya acompañada de dolo, imitación de la verdad y perjuicio al menos potencial. En la carta en referencia, el falsificador no imitó ni trató de imitar la firma del Cajero General de la Compañía Petrolera Zoconi en forma que de esa imitación derivara dicho documento su capacidad para engañar. Apenas fue un medio engañoso utilizado por el procesado para determinar, si en verdad las cosas sucedieron así, a la sociedad “Corcione Hermanos” de Cartagena a que le abriera crédito en su establecimiento. De suerte pues, falta un elemento tan esencial para la consumación del delito en documentos privados, como es la imitación de la verdad.

“Por lo demás, si es posible la consumación de ese delito, es algo fuera de toda discusión que fue en la ciudad de Cartagena donde se cometió, por cuanto que en el proceso, como ya se dijo, está esclarecido completamente que fue allá donde lo utilizó el procesado. Por ello, en la cuestión de competencia nada tiene que ver el lugar donde se elaboró el documento falso, puesto que si acepta que incide en el problema sería tanto como tener en cuenta para los efectos de la competencia de un delito de homicidio el lugar donde se fabricó el arma con que se cometió”.

Para resolver, la Corte considera:

Como se trata de un asunto que corresponde exclusivamente a la legislación adjetiva o procedimental, conviene antes de decidir, sentar algunas premisas o proposiciones generales sobre el gobierno de la materia, de conformidad con la ley 94 de 1938.

El título segundo del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, regula todo lo relativo a la competencia y jurisdicción en lo tocante con la justicia penal. Del artículo 32 al 59 se establece cuáles funcionarios o entidades tienen jurisdicción,

bien sea permanente o transitoria, en materia criminal y la manera de determinar la competencia en los casos particulares.

Jurisdicción y competencia no son términos sinónimos. El primero tiene un carácter general más amplio, por cuanto que comprende la potestad que le es reconocida a los Jueces para administrar justicia, facultad delegada por el Estado a esos funcionarios de la Rama jurisdiccional del Poder Público. Por eso se dice que tienen jurisdicción aquellos funcionarios o entidades a quienes la Constitución y la ley facultan para administrar la justicia penal.

En cambio, la competencia limita la jurisdicción puesto que la reglamenta en su ejercicio, condicionada a diversas circunstancias, verbigracia, la naturaleza del hecho, el territorio donde fue cometido la infracción, y ciertos privilegios, que en forma de fueros, permiten atribuir dicha competencia a Tribunales especiales.

Carrara atribuye al Juez, como la persona a quien compete la facultad de juzgar a sus semejantes, dos órdenes de facultades en cuanto a la jurisdicción o competencia de que está investido. Por eso dice que la jurisdicción debe encontrarse en el Juez por razón *intrínseca* y por razón *extrínseca*, conjuntamente. La primera es aquella que se deduce de la materia; y la segunda es aquella por la cual se determina entre diversos Jueces, todos *intrínsecamente* competentes, cuál de ellos deberá por exclusión de los otros, conocer de un hecho dado.

Según lo dicho, también podría sobre el tema estudiado decirse que hay una competencia *absoluta* y una competencia *relativa*. La primera, como equivalente a *atribuciones*, se predica con relación a la naturaleza del hecho mismo, y la segunda, como referente a la facultad de conocer de un determinado negocio, con exclusión de otros Jueces de la misma categoría jurisdiccional, se predica con relación al territorio en donde se consumó el delito.

Es claro que todos estos principios tienen sus excepciones. Por eso la competencia ordinaria podría ser modificada en atención a la unidad de la acción penal, cuando varios delitos son investigados en un mismo proceso o fallarse varios que corresponden a distintas competencias. En ambas ocurrencias, tanto el concepto de la competencia que se funda en la naturaleza del hecho ilícito, es decir, la competencia absoluta, como la que le atribuye por razón del lugar de la comisión de un delito, a un determinado Juez el conocimiento

ese hecho, es decir, la competencia relativa, de una manera excepcional, se cambia o modifica el concepto de la competencia.

A estos principios obedecen los artículos 50, 54, 55, 56 y 57 del Código Procesal Penal.

Para el caso al estudio de la Sala, las dos primeras disposiciones citadas, o sea los artículos 50 y 54, no presentan oportunidad alguna para su aplicación en él.

No ocurre lo mismo en cuanto a los artículos 55 y 57 citados. Con respecto a ellos es como debe decidirse la colisión de competencia aquí suscitada entre los Jueces Superiores de los Distritos Judiciales de Cartagena y Barranquilla, por cuanto que no es en relación a la naturaleza del hecho por lo que fue planteada esa colisión, ya que los delitos son imputados al presunto sindicado; en razón a dicha circunstancia, competen privativamente a un Juez Superior, de conformidad con los ordinales i) y j) del artículo 45 del Código Procesal Penal. No ocurre lo mismo en razón del territorio en donde el delito fue consumado, porque es de esta circunstancia de donde surge la disparidad de criterios, que obligan a la Corte a resolver de conformidad con el mandato del artículo 57, en relación con el numeral 4º del artículo 42, de parte de cuál de los funcionarios colisionados está la razón.

Siendo esto así, y por tratarse de la competencia por razón del territorio, es preciso concretar, para este caso particular, la competencia judicial, ya que, como se dijo antes, la competencia absoluta fundada en la naturaleza del hecho, corresponde a cualquiera de los Jueces colisionados. Es preciso, pues, delimitar territorialmente, con el fin de distribuir en forma eficaz y conveniente la administración de justicia y propender a la aplicación oportuna de la ley penal, cuál de aquellos funcionarios es el competente para decidir el caso sub **judice**.

El caso aquí planteado, no surge por razón de ser los delitos continuados o crónicos, ni tampoco por haberse consumado en lugar desconocido o en el extranjero, ni por cambio de radicación del proceso, que serían otros tantos casos especiales, de los que, por excepción, pueden presentar problemas en orden a la determinación del lugar del delito, en relación con la norma del artículo 50 del Código Procesal Penal. El caso más bien lo contempla la ocurrencia del artículo 57 de la misma obra, ya que las presuntas infracciones de que se **sindica** a Lafaurie Bolívar, por su naturaleza especial, es decir, por haberse comenzado a ejecutar dentro de una jurisdicción y consumado en

otra, aquella regla es la que permite la decisión de la colisión provocada, puesto que en tal caso, se trata de "lugares distintos", en cuyo evento, según el texto legal, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho, y del lugar en que primero se formule el denuncia, o en que primero se inicie la instrucción, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado.

Si se estudian las copias llegadas a la Corte para solucionar la colisión de competencias aquí surgidas, se advierte que los tres eventos antes indicados han tenido su realización en la ciudad de Barranquilla.

En efecto, como ya antes varias veces se ha indicado, por la naturaleza del hecho ambos Jueces son competentes, por cuanto los delitos de que se acusa al sindicado están atribuidos por la ley a un Juez Superior. Mas, por razón del territorio en donde los hechos se consumaron, debe conocer del negocio el señor Juez Tercero Superior de Barranquilla, ya que allí fue donde se inició la instrucción y donde fue aprehendido el inculcado.

Así se deduce de las siguientes constancias: el denuncia fue presentado por el doctor José Ulloque Meneses, ante el señor Inspector 9º de Policía de Barranquilla (fol. 4 de las copias).

Este funcionario, como consta a folios 5 y 6, ordenó abrir la investigación correspondiente.

Y por medio de auto visible a folios 18 a 23, ordenó detener preventivamente en la cárcel del Distrito Judicial, al sindicado Carlos Lafaurie Bolívar.

Por consiguiente, todos los presupuestos legales que son indispensables para que de conformidad con la ley, un hecho consumado en distintos lugares tenga la jurisdicción del Juez competente, se han cumplido en el presente caso.

La ley quiere en estas circunstancias que existiendo el hecho de que dos Jueces puedan conocer de un mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del acto, cuando quiera que en dos lugares distintos puedan presentarse los acontecimientos que traducen las diferentes fases de un hecho criminal, para obviar las dificultades prácticas que surgirían de los diferentes criterios sobre los momentos ejecutivos del delito, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, realizando así todos los hechos y circunstancias que en cada infracción pueden surgir por consecuencia de las distintas actividades del agente activo, la ley quiere, se repite, obviar esas dificultades dando una norma general para resol-

verla, norma que señala unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos de ellos por separado, otorgan jurisdicción territorial al funcionario en donde tales hechos se hayan consumado.

De esta manera todas las dificultades prácticas que pueden presentarse, resultan obviadas en forma tal que se logra el propósito del legislador al buscar, por tales medios, que la acción de la justicia se realice sin que la puedan interferir aquellas dificultades surgidas con ocasión de la determinación del lugar en donde el delito, en sus distintas etapas o fases, pudo producirse.

No siempre será posible esquivar la valorización plena del hecho jurídico para determinar la competencia. Pero esto no es indispensable en todos los casos —el de autos es uno de ellos— porque los factores que la determinan no emanan de un fenómeno de aquella naturaleza. Surge, más bien de una norma procesal, y es en orden a esta exclusiva consideración como debe enfocarse la colisión planteada, para no invadir otros campos, en donde los distintos criterios dificultarían la rapidez, eficacia y oportunidad de la justicia, que son otras tantas condiciones, en virtud de las cuales la ley autoriza excepciones a los principios que rigen la competencia, a fin de delimitar el territorio jurisdiccional mediante principios de índole práctica, cuando sea difícil, por las distintas incidencias en que el hecho se cumpliera, ceñirse totalmente a los presupuestos jurídicos que pudiera presentar la infracción, desdeñando aquellos de

naturaleza procesal, más sencillos de percibir y menos sujetos al variable criterio de los falladores.

Llenados, pues, todos los presupuestos legales que el artículo 57 del Código Procesal Penal determina en orden a señalar la competencia de los jueces en caso de conflicto en materia de jurisdicción territorial, resulta manifiesto que la colisión de competencia aquí planteada no puede decidirse sino otorgándole la razón al señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Cartagena y decidiendo en consecuencia, que es competente para conocer del proceso seguido contra Carlos Lafaurie Bolívar, por los delitos investigados de que aquí se trata, el señor Juez Tercero del Distrito Judicial de Barranquilla.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIMIÓ la colisión de competencias suscitada entre el señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, para conocer del proceso contra Carlos Lafaurie Bolívar, por esta fe y falsedad, señalando dicha competencia al Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

## INTERVENCION EN POLITICA POR PARTE DE FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

**No configura delito de intervención en política el que un funcionario de la Rama Jurisdiccional, antes de la reforma constitucional de 1945 que consagró la incompatibilidad entre las funciones de la dicha rama y el cargo de Concejero Municipal, hubiese sido elegido para este cargo y ejercido las funciones del mismo, si no existe además prueba de su participación en debates políticos en el seno de la Corporación o en cualquier otra actividad del mismo género.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala<sup>a</sup> de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por auto de fecha nueve de marzo del presente año, sobreseyó definitivamente a favor del doctor Rafael Afanador Ruiz, por el delito de abuso de autoridad (intervención en política), como Juez del Circuito Penal de Girardot.

Para surtir el grado de consulta de aquella providencia, ha llegado a la Corte el expediente respectivo, y tramitada la segunda instancia, se procede a resolver.

Mas, antes de entrar en materia sobre el particular, el suscrito Magistrado ponente cree oportuno advertir que, en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, consideró que la falta de una disposición expresa que ordenara la consulta de los sobreseimientos definitivos era una razón bastante para prescindir de este grado de jurisdicción, como lo determina el texto del artículo 184 del Código Procesal Penal. Pero habiéndose adoptado por la Honorable Corte una doctrina contraria, fundada en otros razonamientos y apoyada en argumentos cuyo valor jurídico no es posible desconocer, en guarda de la unidad doctrinaria e interpretativa que como función primordial compete a esta Corporación, adhiere a la tesis de la consultabilidad de la mencionada providencia.

### Antecedentes:

El señor Baltazar Jaramillo, en denuncia formu-

lada ante la Procuraduría General de la Nación el diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, afirma que el doctor Rafael Afanador Ruiz, siendo Juez Penal del Circuito de Girardot, aceptó y ejerció el cargo de Concejal de aquella ciudad, poniéndose al frente de una corriente política encabezada por el señor Angel María Buendía, ejerciendo represalias contra sus adversarios e interviniendo en campañas panderizas; asistía a reuniones políticas y a manifestaciones públicas de la misma índole, participando en ellas activa y directamente.

Se encuentra acreditado en el expediente que el doctor Rafael Afanador Ruiz fue elegido miembro suplente del Concejo Municipal de Girardot, para el período del primero de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres al treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, siendo en aquel entonces Juez Segundo Penal del Circuito; y que, por ausencia del principal, asistió a varias sesiones en aquella legislatura municipal.

Con el acuerdo de nombramiento, acta de posesión y certificado de ejercicio, se ha establecido también que el doctor Rafael Afanador Ruiz, ejercía las funciones de Juez Segundo del Circuito Penal de Girardot.

### Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto que sobre esta segunda instancia ha emitido, luego de aceptar el hecho de que el doctor Afanador Ruiz, siendo empleado de la rama jurisdiccional, fue elegido concejal del Municipio de Girardot y que actuó simultáneamente con ambos caracteres, se expresa así:

“Pero lo que no logró comprobarse fue que él (Afanador Ruiz) se hiciera elegir para desarrollar una campaña netamente partidista, y no de interés administrativo en favor del Municipio, ni tampoco que él participara, durante las sesiones del Concejo Municipal, en debates de carácter político ajenos a las labores esenciales del cargo de Concejal.

“En efecto, practicada una minuciosa inspección ocular en las Actas de las sesiones del Concejo Municipal, se estableció que el doctor Afanador Ruiz no tomó parte en discusiones sobre asuntos pertenecientes a los partidos políticos, y en cuanto ellas se presentaron, inmediatamente abandonó el recinto.

“En grandes carteles murales apareció publicada la siguiente proposición del Concejo Municipal:

“El Concejo Municipal de Girardot, en nombre del pueblo liberal que representa, le expresa su decidido respaldo a la Dirección Liberal Nacional y le ofrece acatar sus decisiones en la actual emergencia política. Girardot, marzo 3 de 1944. Rafael Afanador Ruiz, Presidente. Alcides Chavarro, Secretario”.

“Esta proposición se aprobó con motivo de los sucesos surgidos en Bogotá a raíz de la detención del doctor Laureano Gómez.

“Pero se probó, con el acta respectiva, que el doctor Afanador Ruiz se retiró del Concejo antes de ser sometida a consideración; que su firma en el cartel fue puesta por el Secretario de la entidad, como era de costumbre; que el doctor Afanador, una vez que se enteró del hecho, reprendió al Secretario por haber puesto su firma en dicho cartel. Ni siquiera en el acta de aquella sesión estaba puesta la firma del Presidente doctor Afanador, según aparece de la diligencia de inspección ocular. El cartel que se llevó a la imprenta iba escrito a máquina, sin ninguna firma original.

“Respecto al cargo de que el Juez doctor Afanador concurría a reuniones políticas, la investigación estableció que en realidad él, se congregaba con otros colegas, en casa del señor Alberto González Durán —concejal—, pero que ello se hacía para tratar de asuntos netamente administrativos relacionados con los intereses de Girardot, y nunca con cuestiones de partidos políticos.

“Es cierto que algunos declarantes acusan al doctor Afanador Ruiz de intervenir en la política militante. Pero, fuera de que ellos demuestran cierta pasión sectaria, por pertenecer a corrientes opuestas a las del sindicato, no formulan un hecho concreto del cual pueda deducirse, con seguridad, la participación que en política tuviera el funcionario acusado.

“El único que dice que el día de las elecciones para concejeros municipales vio al doctor Afanador Ruiz en ostensible estado de embriaguez y echando vivas a Angel María Buendía, al nuevo Concejo y al partido liberal, es el señor Alberto Gómez Pereira.

“Mas respecto de este declarante, cabe observar que de su parte podía haber marcada prevención contra el doctor Afanador, puesto que éste, en su carácter de Juez, tuvo que intervenir con el Alcalde de Girardot para que averiguara la conducta de aquel testigo cuando desempeñaba el cargo de

investigador de la Alcaldía, por procederes incorrectos y hasta delictuosos.

“En todo caso, leyendo serenamente el proceso, llega el juzgador a la convicción de que la prueba que trata de comprometer al Juez, es bastante vaga, y no exenta de la misma pasión política que se le atribuye al funcionario. En cambio, los elementos probatorios que hablan en favor de la honestidad del doctor Afanador Ruiz en sus actividades como Juez y Concejal dejan una mejor impresión, especialmente por tratarse de prueba documental, como son las actas de las sesiones del Concejo a que él concurrió. Y “en todo análisis —como ha dicho la Corte— debe desecharse hasta el más pequeño factor que induzca o pueda inducir a restarle fuerza al testimonio. Así lo exige la crítica del mismo, que es labor en la que debe emplearse la mayor ponderación”.

Por las anteriores consideraciones, que son la realidad procesal, el señor colaborador termina pidiendo a la Corte que confirme el auto materia de la consulta.

Se considera:

Talvez no exista fermento pasional de índole más peligrosa para la recta administración de justicia que la actividad política de los funcionarios de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público. Si a todos los empleados les debería estar absolutamente prohibida toda actuación de ese género, a los nombrados es a los que con mayor razón débeseles prohibir toda ingerencia en asuntos que por tocar directamente con actos en donde juegan multitud de conceptos y de apreciaciones diferentes, junto con la vehemencia propia con que tales hechos se analizan y discuten, la independencia, la serenidad de juicio y la completa imparcialidad pueden ser arrolladas por dicho sentimiento, exponiendo a que en manos de un funcionario judicial o del Ministerio Público, que a pesar de ese carácter interengna en asuntos políticos, sus decisiones no tengan para el sentir de los ciudadanos el concepto de la más rígida autoridad moral, sino el de que fueron inspiradas por móviles inconfesables, distintos en todo caso a la rectitud de la justicia.

Por eso la Constitución y el Código de organización judicial elevan a la categoría de prohibición que los funcionarios de la rama jurisdiccional intervengan en asuntos de índole política; y el Código Penal eleva también a la categoría de delito, sancionando como tal toda actitud tendiente a desarrollar actividades de ese carácter, bien sea en directorios políticos, ora interviniendo en debates

esta índole. De manera que toda gestión, para ganizar o realizar fines políticos, está comprendida en la norma prohibitiva para aquellos funcionarios.

No debe ser de otra manera, ya que tratándose esta cuestión, ninguna tolerancia es permitida, todo aquello que pueda ir contra la norma legal, menester considerarlo como delictuoso, para que caiga la sanción a quien la viola, precisamente adecuada al hecho, pues la pérdida misma del empleo implica que se separa de un organismo, y por su naturaleza debe ser totalmente ajeno a toda actividad política, el miembro que descuidando su alta investidura y el prestigio de su misión, se dedica a actividades reñidas completamente con ésta.

A pesar de que constitucionalmente no podría darse a los Concejos Municipales categoría de corporaciones de índole exclusivamente política, porque su misión es apenas la de administrar los intereses de los municipios, sin otro propósito que el de buscar el progreso del Distrito, desgraciadamente, por una inversión de los conceptos, dichas corporaciones han sido incluidas entre las que más característicamente hacen parte de la mecánica política, desvirtuando así su verdadera finalidad, que es exclusivamente administrativa.

Así las cosas, la intervención en estas corporaciones de individuos que ejerzan funciones públicas en la rama jurisdiccional del Poder Público, necesariamente conduciría a interferir la labor del funcionario destinada a la administración de justicia, con menesteres meramente partidistas, lo que es a todas luces ilegal e inmoral.

Mas para que esta ocurrencia pueda considerarse como infracción penal, no es necesario que se le enuncie en sus términos abstractos, que como queda dicho son inobjectables, en orden a la represión de tales actividades. Es, en cambio, fundamental que los eventos de este carácter, resulten establecidos con prueba adecuada a las realizaciones de quien figura como acusado, en virtud de las cuales aparezca comprobado que dentro de sus actuaciones, como Juez, involucró, haciendo parte de un Concejo Municipal, actividades políticas, en esta palabra, tomó parte en debates políticos, que lo que la ley quiere reprimir.

Esto resulta tanto más cierto, cuando quiera que las actividades políticas de que se acusa al funcionario ocurrieron con anterioridad a la reforma constitucional de 1945, en la que ya quedó determinado que existe incompatibilidad entre las fun-

ciones de la rama jurisdiccional y el cargo de Concejero Municipal.

Dentro de este orden de ideas es necesario concluir que el doctor Rafael Afanador Ruiz, no delinquirió por haber sido electo miembro suplente del Concejo de Girardot, y en tal carácter haber intervenido en actuaciones que por su índole pudieran caer bajo el precepto prohibitivo del artículo 180 del Código Penal. De todas las actividades de que se acusó al sindicado como de carácter político, ninguna quedó establecida con prueba bastante para comprobar que el doctor Afanador Ruiz en su calidad de Juez y con desprecio de su investidura, violara la norma legal. Así, logró comprobarse, merced a la inspección ocular practicada en las actas de la corporación edilicia de Girardot, que cuando quiera que un debate político se planteaba en esa corporación, el doctor Afanador Ruiz abandonaba el recinto de sesiones, para eludir toda intervención en ese debate. También la publicación de un cartel con su firma, que podría ser considerado como una muy evidente participación en actividades reñidas con la judicatura, pudo demostrarse que siguiendo una infortunada costumbre, la firma del doctor Afanador Ruiz fue puesta al pie de dicha publicación, sin su consentimiento, y que al conocer el hecho, reprendió al secretario que abusivamente así había procedido. En cuanto a las conversaciones o reuniones de carácter político de que también se le acusa, es necesario indicar que sería excesivo considerar como violatoria de la norma legal toda reunión de amigos donde incidentalmente surja un tema político y la conversación discorra dentro de la obligada compostura de caballeros y amigos. Otra cosa sería que estas reuniones, por ser periódicas y constantes, revelasen en quienes las llevan a cabo la realización de móviles políticos, porque en tal circunstancia los presupuestos penales no podrían eludirse.

Todas las anteriores consideraciones son bastantes para que la Corte, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRME, como en efecto CONFIRMA, la providencia materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Jenaro Cruz V., Conjuez. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## DELITOS DE RAPTO Y ESTUPRO. — DELITOS CONEXOS. — COLISION DE COMPETENCIAS

El delito de rapto se configura por el empleo de violencia física o moral o maniobras engañosas de cualquier género, para sustraer, arrebatar o retener a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella. El elemento material de este delito radica en la sustracción, arrebato o retención de la mujer, y el elemento intencional lo determina el simple propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella; no es necesario, pues, la consumación de una de las finalidades perseguidas por el agente para que el hecho exista como infracción de la ley penal. De manera que cualquier otro delito que se cometa contra la libertad y el honor sexuales de la mujer raptada constituye una nueva violación de la ley penal, independientemente del delito de rapto.

El delito de estupro se configura por el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, mediante el empleo de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género o mediante la seducción con promesa formal de matrimonio. Este delito se puede cometer con independencia absoluta del delito de rapto, porque lo que la ley tutela en el delito de estupro es la libertad y el honor sexuales de la persona estuprada, en tanto que en el delito de rapto, el bien jurídico tutelado por la ley es el derecho de familia o la patria potestad ejercida por el padre o madre sobre los hijos que están bajo su guarda o custodia.

Para que exista el delito de estupro es necesario la realización del acceso carnal; para que exista el delito de rapto, no es necesario la satisfacción o realización del deseo erótico sexual, sólo es indispensable la existencia de ese propósito unida al acto material de la sustracción, arrebato o retención de la mujer raptada para que el delito se perfeccione. De manera que, los delitos, aunque en algunos casos tengan un mismo fin, tanto el uno como el otro, subsisten independientemente como figuras autónomas delictivas,

sin que esta simple coincidencia pueda incidir en una violación del principio NON BIS IN IDEM.

Cuando se trata de delitos conexos la investigación y fallo debe hacerse en un mismo proceso, y para este caso, aunque no se trata de delitos sometidos a diversas competencias, sino a distintas jurisdicciones, la norma aplicable para determinar la competencia es la del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que dice que si el delito se cometió en lugares distintos, prevalecerá en el conocimiento el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la investigación, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpa-

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

El 14 de septiembre de 1947, Antonio María Cadena, ante la Inspección Permanente de Pereira denunció criminalmente a Laureano García a quien le imputaba la comisión de los delitos de rapto y estupro cometidos en la persona de Rosa Gil de Ramos.

El primero de los delitos tuvo ocurrencia en la ciudad de Pereira, y el segundo se consumó en el corregimiento de la Virginia correspondiente al Distrito Judicial de Manizales.

El Juzgado Superior de Pereira en auto de fecha 26 de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, se basó en lo dispuesto por el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal que determina que cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave, dijo:

“En el presente caso, considera el Juzgado, c

competencia radica en los señores Jueces Superiores de Manizales, pues agotándose el ilícito de "Estupro" en la Virginia y siendo, como es, esta infracción más grave que la de "Rapto", las disposiciones adjetivas que regulan el fenómeno de la competencia no ofrecen duda alguna al respecto. Tienen por la razón del territorio, ora por la naturaleza del hecho".

En providencia de once de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgado Segundo Superior de Manizales con fundamento en las declaraciones rendidas por la ofendida ante los funcionarios de instrucción hace las siguientes afirmaciones:

"El delito de "estupro" que se imputa al sindicado carece de vida jurídica dentro del expediente. Si el denunciante y la ofendida han descartado la existencia de tal ilícito, no se ve la razón que haya tenido el funcionario de instrucción para preguntar al sindicado en su indagatoria por los autores, cómplices, etc., de tal delito. Todo indica que al sindicado García Mogollón se le está atribuyendo por los empleados que han conocido de este negocio un delito por el cual no ha sido denunciado".

"Ahora bien: la Cárdenas Ramos abandonó el hogar, situado en la ciudad de Pereira, y fue llevada por el sindicado al puerto de La Virginia en donde se realizó el acto carnal, luego el delito del rapto" por el cual sí ha sido denunciado fue cometido en la dicha ciudad de Pereira".

"Si no existe acción ninguna para proseguir en contra del sindicado por el delito "del estupro" no hay lugar a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 50 del C. de Procedimiento Penal, como lo dice el señor Juez Superior de Pereira. Si el rapto atribuido al sindicado tuvo realización dentro del territorio de su jurisdicción es a dicho funcionario a quien corresponde avocar el conocimiento del negocio. Por tanto, se dispondrá su evolución haciéndole saber que si no estuviera de acuerdo con lo expuesto por el Juzgado debe remitir el expediente a la respectiva entidad que ha de dirimir el incidente".

Se considera:

El delito de rapto se configura por el empleo de violencia física o moral o maniobras engañosas de cualquier género, para sustraer, arrebatar o retener a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella. El elemento material de este delito radica en la sustracción, arrebato o retención de la mujer, y el elemento intencional lo determina el simple pro-

pósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella; no es necesaria, pues, la consumación de una de las finalidades perseguidas por el agente para que el hecho exista como infracción de la ley penal. De manera que cualquier otro delito que se cometa contra la libertad y el honor sexuales de la mujer raptada constituye una nueva violación de la ley penal, independiente del delito de rapto.

El delito de estupro se configura por el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, mediante el empleo de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género o mediante la seducción, con promesa formal de matrimonio. Este delito se puede cometer con independencia absoluta del delito de rapto, porque lo que la ley tutela en el delito de estupro es la libertad y el honor sexuales de la persona estuprada, en tanto que en el delito de rapto, el bien jurídico tutelado por la ley es el derecho de familia o la patria potestad ejercida por el padre o madre sobre los hijos que están bajo su guarda o custodia.

Para que exista el delito de estupro es necesaria la realización del acceso carnal; para que exista el delito de rapto, no es necesaria la satisfacción o realización del deseo erótico sexual, sólo es indispensable la existencia de ese propósito unido al acto material de la sustracción, arrebato o retención de la mujer raptada para que el delito se perfeccione. De manera que, los delitos, aunque en algunos casos tengan un mismo fin, tanto el uno como el otro, subsisten independientemente como figuras autónomas delictuales, sin que esta simple coincidencia pueda incidir en una violación del principio **non bis in idem**.

Tanto el Juez Superior de Pereira como el Juez Superior de Manizales, tienen competencia para conocer de los delitos de rapto y estupro por mandato de la ley, pero como los delitos se cometieron en diversas jurisdicciones la norma que debe prevalecer para fijar la competencia, no es la del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, sino la del artículo 54 en relación con el artículo 57 de la misma ley.

Cuando se trata de delitos conexos la investigación y fallo debe hacerse en un mismo proceso, y para este caso, aunque no se trate de delitos sometidos a diversas competencias, sino a distintas jurisdicciones, la norma aplicable para determinar la competencia es la del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que dice que si el delito se cometió en lugares distintos prevendrá en el conocimiento el juez competente por la natu-

raleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la investigación, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculcado.

En autos hay constancia de que el lugar donde se presentó el denuncia y se inició la investigación es en el Distrito Judicial de Pereira, y en este mismo Distrito se aprehendió al inculcado. La circunstancia de que la orden de detención se cumpliera por mandato del Inspector de Policía de La Virginia correspondiente al Distrito Judicial de Manizales, no impide que la investigación y fallo del negocio se subordine a las normas de los artículos 54 y 57 del Código de Procedimiento Penal.

De manera que la competencia en el problema *sub iudice*, no se fija en razón del artículo 50 invocado por el Juez Superior de Pereira porque esta disposición hace referencia al conocimiento y fallo de varios delitos sometidos a diversas competencias, evento para el cual, la ley determina que debe conocer de la causa el Juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave. La norma del artículo comentado por regla general es de aplicación preferente para aquellos delitos cuyo conocimiento está atribuido a distintas jerarquías, que deben ser fallados en un mismo proceso, como sería el caso de los delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Juez del Circuito y Juez Superior (lesiones y homicidio, bigamia y estupro) hipótesis en la cual el conocimiento y fallo del proceso estaría atribuido al Juez Superior de acuerdo con la norma del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal.

Pero como no se trata de resolver una colisión de competencias de negocios sometidos a la jurisdicción de autoridades judiciales de distinta jerarquía, sino de una misma jerarquía, la norma de aplicación preferente es la del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal que fija la competencia por razón del territorio. Como los delitos se cometieron en diversos lugares sometidos a distintas jurisdicciones y como tanto el Juez Superior de Pereira como el de Manizales son competentes para conocer de los delitos de rapto y estupro, el juez que debe investigar y fallar de los delitos es el del lugar en que primero se formuló el denuncia y se adelantó la correspondiente investigación y en igualdad de circunstancias el del lugar en que primero se aprehendió al inculcado (artículo 57 del C. de P. P.).

El Juez Superior de Manizales dice no ser competente para conocer del negocio porque "el delito

del estupro que se imputa al sindicato carece de vida jurídica dentro del expediente. Si el denunciante y la ofendida han descartado la existencia de tal delito, no se ve la razón que haya tenido el funcionario de instrucción para preguntar al sindicato en su indagatoria por los autores, cómplices, etc., de tal delito. Todo indica que al sindicado García Mogollón se le está atribuyendo por los empleados que han conocido de este negocio un delito por el cual no ha sido denunciado".

La Sala no encuentra valederas estas razones para aceptar o negar un incidente de colisión de competencias. Dentro de estos incidentes por regla general no le es dable al juzgador afirmar o negar la existencia de los hechos que dieron origen a la investigación; adelantar conceptos y hacer afirmaciones sobre los hechos investigados para luego deducir conclusiones en orden a calificarlos como delitos, o negarles su valor, sólo es tarea propia de un juicio penal.

La calificación de un hecho como infracción de la ley penal y la imputabilidad que se le asigna a su autor, sólo pueden hacerse dentro de un auto de proceder, y la responsabilidad la fijan la sentencia en los juicios de derecho, y los jueces populares en los juicios por jurado. "Usurparía jurisdicción —hecho dicho la Corte— si se apresurase a entrar en tales apreciaciones, ya que no está fallando un recurso de casación, ni asunto de aquéllos en que actúa como juez.

Estos mismos conceptos deben aplicarse a los funcionarios de la rama jurisdiccional cuando resuelven un incidente de colisión de competencias. Dentro de esa providencia no se califica el hecho como delito ni se decide ningún tópico sobre imputabilidad o responsabilidad, ya que todo concepto que se adelante sobre estos temas implica cierto prejuzgamiento sobre el problema que debe resolverse.

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, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de declarar que debe conocer de este proceso el Juez Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Dése cuenta de esta providencia al Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

**DELITO DE FALSO TESTIMONIO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 193 DEL C. P. — PENAS ACCESORIAS. — CUANDO HAY LUGAR A SU APLICACION, SIENDO LA PRINCIPAL LA DE ARRESTO**

1.—Atendiendo a los distintos conceptos emitidos en la discusión del artículo 103 del C. de P. P., se observa que el propósito buscado por esta disposición es ponerle un límite a la actuación de la justicia penal, para que ésta no continúe indefinidamente contra un mismo individuo por un mismo hecho, lo que sin duda constituye una preciosa garantía para el procesado.

Más conviene decir que los errores de interpretación a que se ha prestado tal artículo 103, provienen de que no se ha parado mientes en que de su texto se deduce que para que se cumpla en lo que en él se estatuye, esto es que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no sea "sometido a NUEVO PROCESO, por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta", tal disposición no es aplicable cuando se trata de un NUEVO JUICIO. De no ser ello así, el texto legal no habría empleado la expresión nuevo proceso, sino nuevo juicio.

2.—Estudiada la normación que el Código Penal da al delito contra la administración de justicia, que denomina genéricamente falso testimonio, se advierte en primer término que tipifica como infracción de tal índole "el que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante una autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad". Por consiguiente, tanto los testigos, como los peritos o como los intérpretes, pueden incurrir en esta clase de delito, cuando quiera que se cumplan los presupuestos legales que sirven de elementos estructurales a la infracción denominada falso testimonio en el Código.

3.—Comete delito de falso testimonio, conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del C. P., el que, al rendir unas posiciones extra-judicio, falta a la verdad.

4.—Por regla general las penas de presidio

y prisión llevan anexa la de interdicción de derechos y funciones públicas. Por excepción, cuando se pena con arresto, el Código Penal, en la parte especial, autoriza imponer aquella pena accesoria, por cierto que en proporción inferior al mínimo que señala el artículo 45, siendo ésta una de las ocasiones en que se nota desarmonía entre la norma citada y la parte especial del estatuto.

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez)

**Vistos:**

El Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, en sentencia de fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Antonio Osorio Duque a sufrir la pena de dos meses de arresto, como responsable del delito de falso testimonio cometido en el Municipio de Pácora al absolver un pliego de posiciones a petición de Guillermo Angel Maya, el día diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

La anterior providencia fue consultada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad ésta que, en sentencia de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, reformó la de la primera instancia en el sentido de condenar al reo Antonio Osorio Duque a sufrir la pena de quince meses de presidio y las accesorias correspondientes.

Contra esta sentencia se interpuso el recurso de casación por el defensor del procesado Osorio Duque, doctor Hernando Lozano Palacio, quien en la oportunidad debida, formuló la correspondiente demanda de casación, que se procede a estudiar, cumplidos los presupuestos procedimentales de rigor.

**Demanda**

El recurrente invoca como causales de casación la cuarta del artículo 567 del Código de Procedi-

miento Penal y la primera de la misma disposición procedimental.

#### Causal cuarta. Nulidad del juicio

El demandante plantea así esta cuestión:

"Cuando Osorio negó en las posiciones deber a Guillermo Angel, éste denunció ese hecho como estafa, porque consideró que dicha negativa implicaba de parte de mi defendido el propósito de obtener un provecho ilícito. Angel alegaba un daño patrimonial que se exteriorizaba en la limitación de los medios de prueba de la obligación a su favor. El proceso por estafa terminó con un sobreseimiento definitivo, y como creo que existe identidad de objeto en el juicio por estafa mencionado y el actual de falso testimonio, insisto en que se trata de una cosa juzgada, y no podía adelantarse el último de ellos".

Considera, por tanto, que se ha violado el mandato del artículo 103 del Código Procesal Penal.

Se considera:

Habiéndose alegado por el recurrente la causal cuarta de casación, como se deduce del escrito de demanda antes copiado, corresponde a la Corte entrar a decidirla en primer término, ya que tratándose de una nulidad, por haberse pronunciado en juicio viciado de una irregularidad procedimental, de prosperar haría nugatoria la causal primera, alegada también, fundándose en la indebida aplicación de la ley penal al caso *sub judice*.

El recurrente considera que en el juicio resultó violado el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal y de esta afirmación concluye que se produjo nulidad, aunque no explica en qué consiste ésta, ni cuáles son las razones jurídicas en que la apoya.

Entre Guillermo Angel y Antonio Osorio Duque existían negocios, en razón de los cuales aquél le entregó a éste varias sumas de dinero para comprar semovientes, maíz y otros efectos. Osorio no rindió cuentas a su socio, y por tal circunstancia, Angel lo denunció imputándole el delito de estafa. El señor Juez Primero Superior de Manizales considerando que no existía elemento alguno en el expediente que pudiera servir de base para enjuiciar al procesado Osorio por estafa, porque las constancias procesales afirman más que todo una relación de carácter civil entre ofendido y sindicado; dictó sobreseimiento definitivo sobre el particular, al mismo tiempo que ordenó compulsar las copias para investigar el delito de falso testimonio que podría haber cometido Osorio Duque, en

virtud de la negativa que dio, bajo juramento, a un interrogatorio de posiciones, cuya absolución le fue pedida por Angel y en la que, en forma rotunda negó haber tenido siquiera negocios con el dicho señor y haber recibido dinero de éste, negativa que hizo sin duda con el ánimo malicioso de evadir el cumplimiento de sus obligaciones, pues el objeto perseguido por el acreedor no era otro que el de producir una prueba de que carecía para establecer la relación jurídica existente entre deudor y acreedor y poder así demandarlo por la vía ordinaria o ejecutiva.

La culminación con sobreseimiento definitivo recaída sobre el delito de estafa contra Osorio Duque, no puede considerarse como que implique identidad de objeto en lo tocante con el delito de falso testimonio, que ordenó investigar el funcionario que decidió lo primero, toda vez que el delito de estafa imputado por Angel, consistía, según el denunciante, en el engaño o maquinación fraudulenta de que lo hizo objeto, con el propósito de conseguir un lucro ilícito, mediante las cantidades de dinero que le entregara para realizar algunos negocios o compras de semovientes, maíz y otros efectos.

En cambio, lo que caracteriza el delito de falso testimonio no es, propiamente, la relación dolosa surgida con ocasión del engaño que Osorio Duque hubiera podido emplear para causar un daño patrimonial a Angel, sino la negativa dada, bajo juramento, a las posiciones pedidas por el acreedor y que, de resultar demostradas, como lo fueron, con prueba fehaciente, a quien tal cosa hacía lo constituía en delincuente, por haber transgredido el orden jurídico con un delito contra la administración de justicia declarando, en asunto civil, con la solemnidad del juramento, un hecho falso.

De manera que puede afirmarse que no existe, ni remotamente, causal alguna de nulidad de las instituidas en el Código adjetivo, que pudiera dar base a que prosperara el recurso de casación por este concepto. Y tanto es así, que el mismo demandante apenas cita como disposición infringida de carácter procedimental, el artículo 103 del Código de la materia.

Mas, tampoco por este aspecto podría prosperar el recurso, porque dicha disposición, como lo sustenta la Procuraduría, no es adjetiva o formal, de simple rito, sino una norma sustantiva, que consagra un valioso derecho para el acusado, el de no ser sometido a un nuevo proceso por un hecho criminoso que ya fue decidido en otra investigación:

decir, el reconocimiento de la cosa juzgada, es lo que ese precepto defiende.

Siendo ello así, apenas cabría alegar la violación del artículo 103 dentro de la causal primera, desde luego que la causal cuarta hace expresa referencia a la nulidad, cuando ha sido violada una norma de procedimiento.

Según las actas de los trabajos preparatorios del Código de Procedimiento Penal, el artículo 103 de que se trata, fue propuesto, como consta en el acta no. 125, de la sesión del día 30 de noviembre de 1936, por el doctor Carlos V. Rey.

El comisionado, doctor Rafael Escallón, lo consideró como la consagración del principio "**non bis in idem**", declarándolo de una evidente necesidad. No participó de esta misma opinión el comisionado doctor Luis Rueda Concha, quien aduciendo como ejemplo el caso de abuso de confianza, sostuvo que si el Jurado contesta que no es responsable quien se acusa de ese delito, "pero obtuvo el dinero valiéndose de engaños", bien podía el Juez encontrar que esa frase aditiva del veredicto contiene los elementos del delito de estafa, pudiéndose en tal caso dictar sentencia de acuerdo con el veredicto, absolviendo al procesado por el abuso de confianza, y ordenar al mismo tiempo que se reanudara por el Juez competente la iniciación del nuevo juicio por estafa. Agregó el doctor Rueda Concha que "en el caso del artículo se cerraría completamente la puerta que dejaba la posibilidad de aceptar el veredicto negativo de un delito para iniciar el juicio por el que reconoció el jurado". Atendiendo a los distintos conceptos emitidos en la discusión del artículo 103, se observa que el propósito buscado por esta disposición, es ponerle un límite a la actuación de la justicia penal, para que ésta no continúe indefinidamente contra un mismo individuo por un mismo hecho, lo que sin duda constituye una preciosa garantía individual para el procesado.

Mas conviene decir que los errores de interpretación a que se ha prestado tal artículo 103, proceden de que no se ha parado mientes en que del texto se deduce que para que se cumpla con lo que en él se estatuye, esto es, que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoria de un Juez colombiano, no sea "sometido a **nuevo proceso**, por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta", tal disposición no es aplicable cuando se trata de un **nuevo juicio**. No es ello así, el texto legal no habría empleado la expresión nuevo proceso, sino nuevo juicio. Tan ello es evidente que el mismo autor del ar-

tículo, el doctor Rey, lo aclaró así en la larga discusión a que diera lugar esa norma en el seno de la comisión redactora:

"Yo creo —afirma— que el doctor Rueda no se ha fijado bien en la redacción del artículo que propuse. Dice: "No será sometido a nuevo proceso"; y agregó después: "El error en todo caso recidiría en absolver al procesado. ¿Por qué va a absolverse, si el Juez tiene convencimiento de que el mismo hecho puede recibir otra denominación distinta y constituir base de un nuevo auto de proceder?". (Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal, Tomo II, páginas 34 y 41).

De manera que si el mismo autor del texto que en la codificación del estatuto es el artículo 103, no rechaza que pueda tener aplicación la norma que contiene, en el mismo **proceso**, con mayor razón dicha conclusión es obligada cuando se trata de un nuevo juicio, surgido de otras circunstancias y con base en hechos distintos. Y esto último no hay que perderlo de vista para interpretar en su recto sentido el artículo en cita, pues para que se cumpla su mandato es menester, como condición **sine qua non**, que recaiga sobre el hecho una condena o absolución y que el nuevo proceso sea por un mismo hecho. Bien analizadas las cosas en el caso al estudio de la Corte, ninguno de estos dos requisitos se ha cumplido, ya que sobre Osorio Duque no recayó por el delito de estafa providencia distinta de un auto de sobreseimiento, que aunque produzca los mismos efectos de una sentencia absolutoria, no pueden en rigor jurídico ser equiparados; y aunque esto no fuera así, el otro extremo tampoco ha tenido cumplimiento, pues son hechos distintos la estafa y el falso testimonio, como que el primero es infracción contra la propiedad, y el otro, contra la administración de justicia, lo que quiere decir que tutelan bienes jurídicos diferentes, tan diversos como lo son la defensa del patrimonio ajeno y la defensa de la fe que se debe al testimonio humano, como elemento de prueba de la verdad en los juicios.

Señalado así el verdadero alcance del artículo 103, se tiene que en el presente caso no surge hecho alguno que permita la aplicación de esa norma, porque las circunstancias en que fue juzgado Osorio Duque, por el delito de estafa, no conllevan el mismo proceso que se le siguiera por el delito de falso testimonio. Este tuvo su cumplimiento en la absolución de las posiciones pedidas por el señor Angel, y su investigación fue motivada por el cumplimiento de parte del Juez del precepto con-

tenido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

No es de imposible ocurrencia que en virtud de un denuncia criminal, formulado por determinado hecho, el Juez a quo, una vez estudiado el proceso para su calificación, llegue al convencimiento de que la infracción imputada no corresponde a la estructura jurídica del delito que el ofendido o perjudicado pretendió encontrar; mas, como quiera que existen otros factores, que podrían conducir a establecer un delito de distinta índole, surgido del proceso, con el fin de no contrariar los mandatos legales, dicho funcionario hará uso de la facultad conferida por el ya citado artículo 10, ordenando la investigación correspondiente a ese nuevo delito.

Tal circunstancia no es en manera alguna la que contempla el texto del artículo 103, que el recurrente cita en apoyo de la nulidad procedimental que alega como causal cuarta de casación; y por ser ello así, no es posible que prospere dicha causal, que hace relación a irregularidades propias del procedimiento, por falta de garantías en el derecho de defensa, que en el presente caso por parte alguna aparecen vulneradas, pues el reo fue juzgado con el lleno de todas las formalidades procesales, sin que se pretermitiera ninguno de los elementos necesarios para que gozara de la plenitud de las formas correspondientes al juicio criminal.

Carece, pues, de toda razón el recurrente cuando afirma, en el memorial de casación, que existe unidad de objeto entre los delitos de estafa y falso testimonio seguidos contra Osorio Duque, porque "en ambos procesos se han estudiado las consecuencias jurídico-penales que pudieran derivarse para Osorio, por sus negativas en las posiciones". Ello no es así. Las posiciones no surgieron como prueba para establecer el delito de estafa. Su solicitud resultó como medio para adquirir una prueba de las obligaciones civiles existentes entre ofendido y procesado. Ambas infracciones, pues, procedían de hechos absolutamente independientes entre sí. El objeto buscado con el denuncia por estafa, perseguía un fin diferente que el surgido en virtud de la absolución de las posiciones. Aquel fue puesto ante la Alcaldía Municipal de Pácora el 13 de noviembre de 1944, mientras que la diligencia de posiciones fue solicitada ante el Juez del Circuito de Aguadas el 19 de mayo de 1944, y fueron pedidas alegando el petente que por deberle Antonio Osorio Duque, de plazo cumplido, una cantidad de dinero mayor de quinientos pesos,

procedente de negocios que con él tuvo, piensa en mandarlo en juicio ordinario, sin perjuicio del ejecutivo, llegado el caso, y necesita preconstituir título, por ello hace uso del derecho que le confiere el artículo 610 del C. J. a efecto de que absuelva las posiciones que presenta en pliego separado.

El hecho de que el denunciante por el delito de estafa allegara como prueba las posiciones que había hecho absolver a Osorio Duque, no implica en forma alguna que haya identidad de objeto entre los delitos investigados contra ese sujeto. Un delito fue la estafa, que no tuvo vida jurídica suficiente para enjuiciar al reo, por carencia de demostración adecuada al establecimiento de los elementos estructurales de tal hecho delictuoso. Y otro fue el falso testimonio, que surgió como aplicación de las normas legales que rigen para los funcionarios, cuando al calificar un determinado delito encuentran con que ha podido cometerse otra infracción que, por investigarse de oficio, debe ser ordenada su iniciación.

#### Causal primera

Apóya esta causal el recurrente en los siguientes motivos:

"La sentencia es violatoria del Código Penal porque en caso de que se pueda responsabilizar a Osorio, la disposición pertinente para aplicarse es la consagrada en el artículo 193 y no la del artículo 191 como lo hizo el H. Tribunal.

"El artículo 193 tipifica en forma clarísima la infracción que se comete al declarar un hecho falso en asunto civil. Así se deduce de la lectura de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal".

Cita en seguida algunos párrafos de las actas de la Comisión de reformas penales, en donde se fija el verdadero alcance del artículo 193 que invoca, para sustentar el recurso.

Es indudable que la demanda no fundamenta, en forma distinta a lo que se ha transcrito, la causal alegada. Mas, al concretar el cargo de derecho que formula contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales y al citar el texto de la norma que considera violada, porque en su concepto dicha Corporación debió aplicar en lugar del artículo 191 el artículo 193, con esta base puede la Corte entrar al estudio de la causal, para lo cual CONSIDERA:

Ya se ha dicho que Osorio Duque al absolver las posiciones que le fueran pedidas por Guillermo Ángel, negó rotundamente todas las preguntas que

en dicha diligencia se le formularon, y esto fue motivo, para que terminado el juicio por el delito de estafa, que el señor Angel creyó ver en las actividades del procesado, en relación con los negocios que mantenían, el señor Juez del conocimiento ordenó sacar copia de lo conducente, para que se investigara el delito de falso testimonio, en que hubiera podido incurrir Osorio Duque, al faltar a la verdad en la absolución de las posiciones que le fueron pedidas.

La nueva investigación fue calificada por el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, y como la prueba testimonial recibida fuera bastante para establecer la delincuencia del procesado, desde luego que pudo comprobarse que, en realidad, Guillermo Angel había entregado algunas sumas de dinero a Osorio Duque y que por consiguiente la negativa rotunda dada por éste en las posiciones a esos hechos, lo constituía en falsario, ya que faltaba a la verdad por sobre el juramento que había dado al cumplirse la mentada diligencia, el procesado hubo de ser llamado a juicio en providencia que confirmó el Tribunal.

Conviene reproducir el texto de algunas preguntas y respuestas dadas en la diligencia de posiciones, porque ellas fundamentan la imputación formulada al procesado, así:

A la siguiente pregunta: "¿Es cierto, sí o no, que usted es el mismo Antonio Osorio D. que ha tenido negocios con el preguntante, consistentes en haber recibido dineros de mi propiedad para invertirlos en compras de maíz y semovientes? Contestó: "Yo soy Antonio Osorio pero no he recibido dineros (sic) a ese señor para comprar semovientes ni maíz".

A la pregunta once, formulada de la manera siguiente: "Es cierto, sí o no, que el día primero de abril de 1944, yo le entregué y usted recibió en la cabecera de Pácora la suma de trescientos pesos (\$ 300.00) moneda legal? Contestó: "No es cierto".

A la pregunta doce: "Es cierto, sí o no, que el día que usted recibió los trescientos pesos a que me refiero en la pregunta anterior, me dijo que tal dinero era para entregarlo al señor Eduardo Piedrahita como precio de ocho novillos que le había comprado a razón de \$ 47.50 cada uno? Contestó: No es cierto".

Pregunta catorce: "¿Es cierto, sí o no, que el día 16 de abril de 1944, yo le entregué y usted recibió en la cabecera del municipio de Pácora, la suma de ciento cinco pesos (\$ 105.00) moneda legal? Contestó: No es cierto".

Pregunta quince: "¿Es cierto, sí o no, que el día que usted recibió los cientos cinco pesos mencionados en la pregunta anterior, me dijo usted personalmente que tal dinero era para el señor Juan de la C. Piedrahita, a quien debía entregarlos como precio de dos vacas horras (sic) que le había comprado en este Municipio, o sea en el Distrito de Pácora? Contestó: No es cierto".

No es necesario transcribir más del interrogatorio formulado en posiciones y de las respuestas recaídas sobre el mismo, para demostrar la forma rotundamente negativa como Osorio Duque absolviera las posiciones que le fueron solicitadas. Y como en virtud de una prueba testimonial abundante y que no pudo ser tachada para dudar de la credibilidad de los que como testigos declaran positivamente sobre los mismos hechos que fueran, de manera tan clara y nítida, negados por el reo, prueba que la constituyen las declaraciones de Juan de Jesús Orozco (fol. 19 frente y vuelto), Elías Correa Angel (fol. 20 v.), Luis Eduardo Piedrahita (fol. 21) y Manuel Montes (fol. 44), sobre tales bases se apoyó la imputación delictuosa, que por no haber sido destruida o rebatida en el juicio, sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria, que es motivo de la casación que se estudia.

En ambas instancias del juicio fue ampliamente estudiado y analizado el problema de la norma aplicable a la delincuencia establecida contra el reo. El señor Juez del Circuito de Aguadas aplicó como violada la norma del artículo 193 del Código Penal, a pesar de que cuando el auto vocatorio a juicio fue apelado, este problema fue objeto de análisis por parte del Tribunal, suscitado por el señor defensor del procesado, al solicitar reposición de la providencia en virtud de la cual el Tribunal confirmara el enjuiciamiento, reposición que fue negada, motivando la negativa del Tribunal, en la siguiente consideración:

c) No es pertinente en el problema de autos el artículo 193 del C. P. "El que, como parte en asunto civil declare un hecho falso...", reza tal disposición. El señor defensor ha reconocido que Osorio Duque no era parte en un juicio civil, porque tal entidad sólo surge cuando se ha trabado la litis. Evidentemente está en lo cierto el señor defensor. Sin embargo, en la parte final de su escrito expresa que, "de haberse infringido una norma penal, sería la especificada en el artículo 193 del C. P., que no da detención preventiva".

"No se había trabado la litis cuando Osorio Duque rindió la declaración de posiciones de que trata este proceso. No se había presentado demanda

alguna en su contra y por consiguiente, no había contestación ni podía haberla. Luego, mal podía considerársele como parte en asunto civil o en un juicio. 'Se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en juicio unas mismas pretensiones', define el artículo 202 del C. J. No estaba Osorio Duque en tal caso y, por ende, no era parte.

Estos mismos argumentos sirvieron al Tribunal Superior de Manizales para insistir en la aplicación del artículo 191, en lugar del artículo 193, que había sido considerado como violado por el Juez de instancia y que la misma defensa reconocía como la norma legal aplicable al caso.

Estudiada la normación que el Código Penal da al delito contra la administración de justicia, que denomina genéricamente falso testimonio, se advierte en primer término que tipifica como infracción de tal índole "el que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad". Por consiguiente, tanto los testigos, como los peritos o como los intérpretes, pueden incurrir en esta clase de delito, cuando quiera que se cumplan los presupuestos legales que sirven de elementos estructurales a la infracción denominada falso testimonio en el Código.

No es el caso aquí, entonces, sino de estudiar si dentro de esa norma que es el artículo 191 del Código, cabe el hecho atribuido como delito al procesado, es decir, la absolución de las posiciones, cuya negativa lo constituye en delincuente por haberse comprobado que mintió o falseó la verdad cuando negó hechos, bajo juramento, que no podía desconocer ni ignorar.

¿Será la declaración que se rinda en posiciones, y en la cual se expone un hecho falso, susceptible de ser tomada con el mismo carácter, como una declaración de testigo para que incida sobre ese hecho la norma del artículo 191? La respuesta a este interrogante tiene que ser negativa. En efecto, una de las características que distinguen al testigo es el de que no tiene vínculo ninguno en la controversia para que se le llama a rendir testimonio. Es completamente ajeno a ella, y ningún interés lo mueve, ni tampoco busca ventajas de ninguna índole al rendir su testimonio. Esta misma circunstancia es la que hace aparecer la prueba testimonial como diferente a otras categorías probatorias. Así, aquella prueba se distingue de la pericial, y especialmente de la confesión. El perito no siempre es ajeno a la controversia y en mu-

chas ocasiones puede decirse que tiene interés, al menos científico, cuando de esta categoría es el peritaje en la controversia suscitada y en la que depone en dicho carácter. Por eso se explica que el artículo 259 del Código Procesal Penal disponga, bajo la pena de nulidad, que no pueden desempeñar las funciones de peritos "los que como testigos han declarado ya en el proceso".

En cuanto a la confesión, es evidente el interés que tiene el confesante en no comprometerse al rendirla. Si lo hace, sobre todo en materia penal, es porque la misma fuerza de la verdad es motivo psicológico de mayor fuerza para decidirse en contra propia, sabiendo que se perjudica, en el conflicto que se suscita moralmente entre la verdad y la mentira.

De aquí que no pueda constituir propiamente una crítica al Código el que incluya como delito de falso testimonio la posible ocurrencia de que una persona se vea constreñida a esta colisión de intereses, cuando al ser preguntada en posiciones, para un asunto civil, falte a la verdad en las mismas y por ello incurra en alguna sanción penal. Se dice lo anterior porque está muy bien y así lo dispone el artículo 25 de la Constitución Nacional, que a nadie puede obligarse a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Y Precisamente el Código Penal, en el artículo 192, exime de responsabilidad a quienes por disposición legal no estuvieren obligados a declarar, norma esta que incluye a las personas que comprende el texto constitucional antes citado, y los artículos 226, 227 y 228 del Código Procesal Penal.

Mas para que la prohibición funcione en estos casos, es decir en lo tocante con la declaración contra sí mismo, es menester que ella recaiga en un asunto criminal, correccional o de policía. Lo que quiere significar que cuando se trata de asunto civil, ya aquella prohibición no actúa, o lo que es lo mismo, en esa legislación no está prohibido declarar contra sí mismo y, por lo tanto, bien puede consumarse un delito cuando falsamente se depone en asunto civil, aunque el hecho vulnere los propios intereses de quien así procede.

Al respecto el señor Procurador Delegado en lo Penal esboza la tesis de que el artículo 193 del Código Penal constituye un precepto excepcional, porque, por regla general, el falso testimonio no puede ser cometido sino por individuos extraños al interés del negocio en que declaran. Siendo en otros eventos, surge una especie de estado de necesidad, por cuanto que la situación conflictiva que

se le plantea al declarante: o de cumplir el deber de decir la verdad, o de faltar a ella para evitar el perjuicio que ello pueda ocasionarle, al optar por lo último, aparece algo así como la necesidad de salvarse a sí mismo, es decir un estado de necesidad, que podría llegar a exonerar de pena, según algunos; y según otros, apenas a atenuar la responsabilidad.

Este último es el criterio que sustenta el Código colombiano, desde luego que no equipara en forma alguna las dos situaciones jurídicas, ya que tanto en la cantidad como en la calidad de la pena que fija para cada una de ellas, establece una señalada diferencia en ambos casos.

La ley penal no puede dejar sin protección adecuada, sin tutela suficiente, el que el falso testimonio pueda presentarse frente a cuestiones civiles, bien sea judiciales o extrajudiciales, que por no tener la categoría propia que le da a la infracción del falso testimonio el hecho de producirse éste en declaración, dictamen o versión, no por ello puede dejar de estar comprendida en alguna norma legal.

De aquí el texto del artículo 193, para cuyo alcance basta con la lectura de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal.

Al discutirse dicho texto, "el doctor Escallón opina que en vez de decir "juicio civil", debe ponerse "asunto civil", porque hay muchas diligencias extrajudiciales en las cuales puede cometerse el hecho aquí contemplado, y que no quedarían cobijadas por ese artículo, que sólo habla de juicio". Agregan las Actas que la Comisión "convino en aceptar la modificación propuesta por el doctor Escallón y el artículo quedó aprobado".

No puede negarse, según esto, que al proponerse el cambio de la locución "juicio civil", que contenía la primera redacción del artículo, tal como fue propuesto en la ponencia, por la expresión "asunto civil", el pensamiento del legislador no fue otro que dar un significado más extenso al texto legal, ya que esta última locución abarca todas aquellas diligencias de carácter extrajudicial que, como las posiciones por ejemplo, de otra manera no habrían quedado incluidas en la norma.

Aclarado de esta suerte el texto del artículo 193, resta estudiar si como lo sustenta el Tribunal sentenciador, tampoco cabe su aplicación al caso **sub iudice**, por no tener el carácter de **parte** quien declara en posiciones.

La sentencia recurrida hace hincapié en que no es posible aplicar el artículo 193 del Código Penal, por cuanto que dicha disposición habla de

parte y "la entidad de parte" sólo surge cuando se ha trabado la litis; y esto no había acontecido cuando Osorio Duque rindió la declaración de posiciones de que trata este proceso. No se había presentado demanda alguna en su contra, y por consiguiente, no había contestación ni podía haberla". En apoyo de esta tesis, se cita el artículo 202 del Código Judicial en el cual se define como parte "el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicios unas mismas pretensiones".

Esto de citar para la interpretación de las disposiciones penales preceptos judiciales de carácter civil, conduce muchas veces a equivocar el criterio. Pero aunque no fuese así, también en esta legislación existen razones, que establecen lo contrario, como pasa a demostrarse.

En efecto, el mismo Código Judicial, en su artículo 624, dice que "de la actuación sobre posiciones absueltas **antes del juicio** se da una copia a cada una de las **partes**, siempre que la soliciten" (subraya la Sala). Por manera que dicho estatuto denomina "partes" a quienes hacen uso de la facultad de pedir posiciones extrajuicio, toda vez que los faculta para solicitar copia de esa actuación, de acuerdo con el texto legal, que es claro y obvio.

Pero también la doctrina de los expositores aclara el concepto de parte, sin circunscribirlo a la litis propiamente dicha. Abraham Bartolini Ferro, en su obra "El Proceso Penal y los actos jurídicos procesales penales", dice al respecto:

"Y si el uso y la práctica nos hacen llamar **partes** a esos sujetos de la relación, cuando a ellos nos referimos, no podemos hacerlo trayendo al proceso penal el concepto del proceso civil. Y esto es bueno recalcarlo y repetirlo".

Por su parte, el doctor Luis Felipe Latorre, en su obra "Jurisprudencia razonada", dice al respecto:

"507. **Parte**.—A las palabras definidas y empleadas por la ley, en ocasiones se les debe dar, y la misma ley les da, no obstante lo dispuesto en el artículo 28 del C. C., un significado o alcance más extensivos que los estrictamente literales de la definición. Así, aunque "se llama **parte** el litigante o grupo de litigantes que sostiene en juicio una misma pretensión", (artículo 260 del C. J.), el artículo 4º de la ley 53 de 1917, refiriéndose a las diligencias de posiciones **fuera de juicio**, dice que "se dará copia auténtica a cualquiera de las **partes** que la soliciten..." (pág. 174, Op. cit.).

Los textos mencionados en la opinión del doctor Latorre, equivalen en el actual Código Judicial, a

los artículos 202 y 624, respectivamente, los cuales contienen preceptos idénticos a aquellas disposiciones.

También el procesalista, doctor Hernando Morales M., critica la definición de "parte" que contiene el Código Judicial. Dice: "Por último, de los términos del C. J. parece inferirse que partes sólo hay en los juicios, es decir, en las actuaciones judiciales que revisten el carácter de controversia y que normalmente deben culminar en una sentencia. Sin embargo, ello no es así, pues fuera de los asuntos voluntarios existen actuaciones prejudiciales, como las acciones cautelares o las diligencias que no poseen el carácter de juicio, verbigracia, inspecciones oculares, con citación de quien va a demandarse, etc., que a pesar de no ser consideradas juicios, pueden dar lugar a contienda sobre alguna cuestión y a enfrentarse así las personas que son extremo de tal actuación. Estas personas indudablemente son partes en dichas diligencias y el concepto de parte debe cobijarlas.

"El concepto de parte —agrega— no debe entenderse en el sentido riguroso en que lo toma el Código, pues además de que en el proceso obran frecuentemente ciertas personas físicas que no son partes, en nombre de éstas (representantes de los incapaces y apoderados de los capaces), dentro del juicio es posible que acudan personas que en un momento dado puedan llegar a ser partes. Por eso dice el profesor Rocco, que es parte todo el que siendo o afirmándose titular activo o pasivo de una relación jurídica, pide en su nombre la realización de dicha relación de parte de los órganos jurisdiccionales". (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Págs. 178 y 179).

Ninguna definición más comprensiva que la del profesor Rocco, que cita el doctor Morales M., para incluir dentro de la palabra **parte** a quien solicita extrajudicialmente la práctica de la diligencia de posiciones. Circunscribir tal palabra, hasta el extremo de no permitir que se incluya en esa denominación, a quien por solicitar dicha diligencia, trata de preconstituir una prueba que le permita, con mayores probabilidades de éxito, recurrir en juicio, no es en manera alguna aceptable ni jurídico.

Por consiguiente, siendo ello así, como lo es, el artículo 193 del Código Penal no puede esquivarse para reglamentar precisamente una materia la que, por tratarse de asuntos civiles, el legislador ha querido someter a una norma especial para sancionar las infracciones que de tales hechos puedan derivarse, incluyendo su calificación den-

tro del delito de falso testimonio, porque pretende que en esta materia no sólo delinque quien falta a la verdad en el testimonio que rinde contra tercero, sin interés ninguno en el juicio, sino también quien falta a la verdad o falsea los hechos en cualquier actuación en asunto civil.

Es curioso observar aquí cómo el mismo Juez, al practicar la diligencia de posiciones, según consta en la copia del folio 3 vuelto, recibió juramento en la forma legal al absolvente y lo impuso del artículo 193 del Código Penal. De manera que Osorio Duque, al prestar el juramento de rigor y al ser impuesto de aquel precepto legal, si faltó a la verdad en los hechos, lo hizo a conciencia, es decir, en el conocimiento pleno de que delinquía.

No cabe, pues, duda de que hubo indebida aplicación de la ley penal en el fallo recurrido y que, de consiguiente, la causal primera debe prosperar.

Otro problema plantea este proceso, que la Corte dilucidará prohiendo el estudio que de él hace el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien dice así:

"En el auto de proceder de segunda instancia, el Tribunal fijó las bases del debate, en el sentido de que el falso testimonio cometido por Osorio encajaba dentro del artículo 191 del Código Penal, y no en el 193, negando en esa forma el recurso de reposición que le interpuso el defensor.

"Siendo esto así, al aceptar ahora, en el fallo definitivo, de la Corte, que Osorio debe reprimirse con el artículo 193, en vez del 191, ¿se incurrirá entonces en el error de poner la sentencia en desacuerdo con el auto de proceder e incidir, por lo mismo, en el evento primero de la causal tercera de casación?

"En manera alguna."

"La H. Corte, rectificando doctrinas anteriores, ha sentado que lo firme e inmodificable del auto de proceder es su parte resolutive, o sea la calificación genérica que allí se haga del delito objeto del proceso; siendo, por el contrario, materia de rectificación ulterior, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del juicio, el pliego de cargos contenido en la parte motiva de esa providencia.

"Esto, porque el mismo artículo 431 del Código de Procedimiento Penal estatuye que en la parte motiva del enjuiciamiento se defina genéricamente el hecho que se imputa al procesado, "con las circunstancias conocidas que lo especifiquen; y que en la resolutive se haga el llamamiento a juicio por el delito respectivo, "sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca,

ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

"De no ser así, el auto de proceder tomaría un aspecto definitivo y dominante en el proceso, un verdadero derecho adquirido para una de las partes, y la sentencia sería un acto secundario y hasta mecánico. Pero es cabalmente en ésta, de acuerdo con su naturaleza, donde se resuelven, con supremo poder jurisdiccional, todos los objetivos de la investigación y se adapta la sanción al delincuente, conforme a su personalidad y a los hechos por él ejecutados. Es, en ese documento donde propiamente verdad, certeza, justicia y derecho se confunden.

"Por lo tanto, si al dictar el fallo definitivo, descubre el juzgador una equivocada apreciación de los hechos y del derecho en lo atinente a la figura específica consignada en la parte motiva del auto de proceder, debe corregirla y situar el caso en el verdadero terreno jurídico que le corresponde. Ello obedece al elevadísimo interés público que domina en el proceso penal, por cuanto allí se ejerce prácticamente la función de defensa de la sociedad contra los delincuentes.

"Y en el presente asunto adquiere mayor fuerza esta tesis, si se tiene en cuenta que la situación jurídica asignada al acusado Osorio en el auto de proceder sobre la especie del falso testimonio, fue un punto de puro derecho, una decisión sobre el preciso artículo de la ley penal que debía aplicarse, apreciación ésta no susceptible de ser rectificada con pruebas, sino con razonamientos posteriores de índole estrictamente doctrinaria, los cuales, como es obvio, sólo pueden hacerse en el momento de dictar sentencia.

"Si se admitiera el supersticioso respeto por el auto de proceder, las funciones de la Corte, como Tribunal de Casación, quedarían hasta anuladas, porque no tendría oportunidad de sentar jurisprudencia ni de volver el imperio de la legalidad, en aquellos casos en que el fallo recurrido, por no salirse del enjuiciamiento, cometió un grave error jurídico y causó un serio agravio a la justicia".

En razón de lo expuesto, se tiene que la disposición violada por el procesado Antonio Osorio Duque, es la contenida en el artículo 193 del Código Penal, que señala como sanción para el infractor, la de un mes a dos años de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el doble de este término.

Aparace de autos que Antonio Osorio Duque ha sufrido dos condenas anteriores: la primera de se-

venta días de trabajo en obras públicas, como responsable del delito de hurto; y la segunda, de dos años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales.

El Tribunal de la segunda instancia considera que el primer fallo enunciado no constituye reincidencia, sino circunstancia de mayor peligrosidad y este hecho, aunquie pudiera constituir un error de apreciación, debe ser aceptado por la Corte, por no ser materia de la demanda y porque, como lo dice el Colaborador, "afectaría derechos del procesado, que fue el único recurrente en casación". Si lo hubiera sido el Agente del Ministerio Público, si podría la Corte tomar en consideración la reincidencia que dejó de computarse al reo.

La segunda condenación sufrida por Osorio Duque, debe apreciarse, en el mismo sentido que lo hiciera el Tribunal sentenciador, como circunstancia de mayor peligrosidad, porque entonces el procesado actuó en un caso de provocación.

Consecuencialmente con lo anterior, debe considerarse al reo Osorio Duque como individuo que revela peligrosidad y, por tanto, la sanción imponible no puede ser el mínimo, sino la aplicable teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 36 y 37, numeral 2º del Código Penal; o sea la de seis meses de arresto y las accesorias de rigor.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por medio de la cual se condenó a Antonio Osorio Duque a la pena principal de quince meses de presidio, como responsable del delito de falso testimonio, y en su lugar dispone:

Condénase a Antonio Osorio Duque, a la pena principal de seis meses de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, a la accesoria de indemnización de los perjuicios que se hayan podido causar por el delito, mediante la acción civil correspondiente, y al pago de las costas procesales, como responsable del delito de falso testimonio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruño. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## PRESUPUESTOS LEGALES PARA EL ADELANTAMIENTO DE UNA INVESTIGACION CRIMINAL.

Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entraña directa o indirectamente una violación de la ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal.

Así, pues, la investigación para descubrir la verdad material, la responsabilidad de sus autores o partícipes, la personalidad de los mismos, los motivos determinantes del delito y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, se vincula directamente al hecho que implica una violación de la ley penal, y al conocimiento que de él se tenga por parte de los funcionarios encargados de administrar justicia.

Cuando la investigación debe iniciarse a virtud de un denuncia, éste debe hacerse en la forma determinada por el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, para que el funcionario ante quien se formula pueda analizar los hechos y apreciar si ellos son o no constitutivos de delitos para adelantar la correspondiente acción penal. En estos casos, la causa o motivo de la investigación la constituye el denuncia, ya que en ausencia de éste, el funcionario no podría adelantar ninguna acción penal por no estar frente al caso contemplado en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, si al momento de prestar el juramento, el denunciante niega los hechos o no se ratifica en ellos por considerar que los fines perseguidos eran los de evitar posibles perjuicios, y si por otra parte, esos hechos en concepto del funcionario que recibe el denuncia no son constitutivos de delito, no hay obligación ni precepto legal que obligue al funcionario a adelantar una investigación penal, en contra de la persona sindicada.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

El 22 de septiembre de 1947, James Rankin formuló denuncia criminal contra el doctor Manuel Garcés Valencia, Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, por el delito de abuso de autoridad y otras defraudaciones. El 8 de octubre de 1947 se declaró abierta la investigación y se comisionó al señor Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés para que practicara las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Perfeccionado el sumario en lo posible se pasó en traslado al Agente del Ministerio Público, para que emitiera su concepto en relación con lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, pero en ese entonces ocurrieron los sucesos del 9 de abril último que destruyeron el edificio donde funcionaba la Procuraduría General de la Nación y por consiguiente la destrucción del negocio mencionado.

Por ayo de 15 de junio del presente año se ordenó reconstruir dichas diligencias, y en providencia de 23 de julio de este año, se ordenó citar a James Rankin para que formulara verbalmente o por escrito el denuncia contra el doctor Manuel Garcés Valencia, quien al ser requerido para la práctica de la diligencia manifestó lo siguiente:

“No deseo presentar por escrito ni verbalmente denuncia contra el doctor Manuel Garcés Valencia—Intendente Nacional de San Andrés y Providencia—nuevamente, por razón de que cesaron ya las causas que motivaron esas circunstancias y además, porque los fundamentos en que basé mi primer denuncia se dirigían única y exclusivamente a impedir los actos arbitrarios de un funcionario público”.

Se considera:

Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entraña directa o indirectamente una violación de la

ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal.

La "notitia criminis" puede provenir no sólo de la acusación (querrela) o del denuncia legalmente formulado, sino también del conocimiento personal, que por avisos confidenciales, por notoriedad pública o por cualquier otro medio tenga el funcionario sobre infracciones penales que deben investigarse de oficio.

Así, pues, la investigación para descubrir la verdad material, la responsabilidad de sus autores o partícipes, la personalidad de los mismos, los motivos determinantes del delito y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, se vincula directamente al hecho que implica una violación de la ley penal, y al conocimiento que de él se tenga por parte de los funcionarios encargados de administrar justicia.

Cuando la investigación debe iniciarse a virtud de un denuncia, éste debe hacerse en la forma determinada por el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, para que el funcionario ante quien se formula pueda analizar los hechos y apreciar si ellos son o no constitutivos de delitos para adelantar la correspondiente acción penal. En estos casos, la causa o motivo de la investigación la constituye el denuncia; ya que en ausencia de éste, el funcionario no podría adelantar ninguna acción penal por no estar frente al caso contemplado en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal.

Pero si al momento de prestar el juramento, el denunciante, niega los hechos o no se ratifica en ellos por considerar que los fines perseguidos eran los de evitar posibles perjuicios, y si por otra parte, esos hechos en concepto del funcionario que recibe el denuncia no son constitutivos de delitos, no hay obligación ni precepto legal que obligue al funcionario a adelantar una investigación penal, en contra de la persona sindicada.

Como en el caso de estudio, el denunciante afirma que no desea presentar ni por escrito ni verbalmente denuncia contra el doctor Manuel García Valencia, porque los fundamentos de su primer denuncia "se dirigen única y exclusivamente a impedir los actos arbitrarios de un funcionario público", la Corte no puede abrir ninguna investigación por la inexistencia del hecho delictuoso, presupuesto esencial de toda investigación criminal.

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 que no es el caso de abrir investigación alguna en contra del doctor Manuel Garcés Valencia.

Cópiese, notifíquese y archívense estas diligencias.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ SUPERIOR MILITAR DE LA QUINTA BRIGADA Y EL JUEZ TERCERO SUPERIOR DE BUCARAMANGA

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de los delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es, el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los DELITOS COMPLEJOS O CONEXOS de que tratan los decretos-leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los mili-

tares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público.

Pensar que los decretos 1285, 1406 y 1895 confieren competencia a las autoridades de la justicia penal militar para conocer y juzgar “de todos los delitos cometidos en el país en los días 9 de abril y siguientes” sin excepción ni limitación alguna, sería tanto como aceptar que los decretos tienen virtud suficiente para derogar las leyes penales ordinarias, Código Penal y Código de Procedimiento Penal. La interpretación que debe darse al contenido del artículo 1º del decreto número 1895 de 4 de Junio de 1948, no puede ser aislada, sino con vinculación directa a las normas establecidas en los decretos 1285 y 1406, y en estos decretos no se confiere competencia a las autoridades militares para juzgar de todos los delitos realizados en el país a partir de la turbación del orden público, sino para aquellos delitos cometidos antes o después de ese estado, y siempre y cuando esas infracciones de la ley penal tengan relación directa con los hechos que produjeron tal estado de cosas.

La circunstancia de que el ataque se produjera el día 11 de abril, cuando se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio la República, no le quita a los delitos cometidos el carácter de comunes para convertirlos en delitos complejos de aquellos que contempló el decreto 1406 de abril 30 de 1948; lo primero, porque no se encuentra prueba en el sumario de que se hubiera cometido un delito contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y que por motivo de esos hechos se hubiera también cometido delitos comunes como homicidios, lesiones personales, saqueos o cualesquiera otros delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar; y los segundos, porque si bien es verdad, que los delitos se realizaron después de la turbación del orden público, ellos no tienen ninguna vinculación

**directa ni indirecta con los hechos que dieron lugar a ese estado, ni con los decretos de carácter extraordinario que atribuyen competencia a la Justicia Penal Militar.**

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

Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

#### Vistos:

En providencia de nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, afirmó no ser competente para conocer de los delitos de homicidio, lesiones personales y robo realizados el día once de abril del presente año, en la sección denominada "Límites", corregimiento de El Layón, jurisdicción municipal de Rionegro (Santander).

#### Incompetencia

El Juzgado después de citar los decretos de carácter legislativo 1285, 1406 del mes de abril, 1895 de 4 de junio del presente año y la circular número 72 de 8 de junio del Ministerio de Justicia, dice:

"Pues bien, de acuerdo con el primer decreto o sea el 1285, parecía que el conocimiento del presente negocio por los sucesos de Límites correspondía a la justicia ordinaria; de acuerdo con el segundo decreto o sea el 1406, si se entiende por delito **complejo**, por contraposición al **simple**, el que quebranta distintos bienes o intereses jurídicos, este proceso debe ser juzgado por la justicia penal militar, porque hubo en él homicidios, lesiones personales, robo y violación de domicilio. Pero con el Decreto 1895 se aclaró mejor la competencia de la justicia penal militar para conocer de este proceso, porque allí se habla de **todos los delitos cometidos** en el país en los días 9 de abril y siguientes, siempre que tengan relación, por lo menos **indirecta**, con los hechos que originaron la turbación del orden público y que no hayan sido cometidos con **móviles puramente personales**".

"Se ve, pues, que había una situación anterior al 9 de abril, bastante delicada, pero también parece que los sucesos del 9 de abril fueron el toque de aviso para que aquella situación tirante estallara y produjera los resultados trágicos de la mañana del domingo once de abril. O sea, que el ataque proyectado con anterioridad se precipitó entonces

y con motivo de aquellos acontecimientos que repercutieron en todo el país".

Luégo hace la transcripción de algunas declaraciones y concluye así:

"Por las referencias transcritas se concluye que el asalto a Límites, aunque con factores que intervinieron y obraron antes del 9 de abril para calentar los ánimos y sembrar la intranquilidad en la región vino a culminar y a precipitarse con motivo de tales acontecimientos, lo que vale decir que por lo menos guarda con ellos una relación indirecta. Los hechos trágicos de aquellos días ocurridos en toda la República repercutieron fatalmente para apresurar el ataque".

Con fundamento en estas consideraciones dice no ser competente para conocer de los hechos y que es la justicia penal militar la que debe conocer y juzgar de los mismos.

#### Auto del Juez Superior Militar

El Juzgado Superior Militar de la Quinta Brigada, en providencia de seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, no acepta la competencia provocada por el Juzgado Tercero Superior, porque en su concepto, se trata de simples delitos comunes que no tienen ninguna vinculación con los hechos acaecidos el día 9 de abril del presente año, ni con los Decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno Nacional, y expresa:

"Al estudiar las condiciones a que deben someterse los hechos para poder fijar la competencia en la Justicia Militar, por los sucesos de abril y que se enumeran al comienzo de esta providencia, no debe olvidarse el precepto contenido en el artículo 122, parágrafo de la ley 3ª de 1945, que es el que precisamente establece la "relación" de que habla el señor Juez Tercero Superior, pero esta relación debe ser precisa e indubitablemente directa, por cuanto como todos los hechos sociales, ya sean ilícitos o lícitos, se relacionan unos con otros en forma ya directa ya indirecta, fácilmente se llegaría a la absurda conclusión que todos los juicios por ilícitos penales sucedidos en el país el nueve de abril y días siguientes serían de competencia de la justicia castrense, especialmente éstos de "Límites", donde "godos" y "rojos" viven en permanente estado de guerra. La relación como requisito para fijar competencia en la Justicia Militar, entre los hechos a juzgar y los sucesos que dieron lugar a la turbación del orden público y a la consiguiente declaración de estado de sitio, en sentir de este Despacho debe ser directa".

“El señor Juez Tercero Superior en providencia posterior y que obra a los folios 150 y siguientes del cuaderno segundo, sobre varios recursos interpuestos, afirma al folio 112:

“Con toda claridad dijo el Juzgado que la razón principal para declararse incompetente y ordenar que pase el negocio a la Justicia Militar, está en lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1895 de 4 de junio último que dice a la letra: Los Consejos Verbales de Guerra a que se refiere....”.

“Bien se desprende que el criterio que guió principalmente al señor Juez Tercero Superior fue el de la fecha de la consumación de los reatos, siendo este criterio perfectamente alejado del espíritu de la ley donde prima tanto el criterio de la fecha de consumación, de los otros atrás mencionados o sea los de la calidad de los ilícitos —no simples contra el régimen constitucional de la República—; la estrecha relación con las causas que dieron lugar a la turbación del orden público y que no se trate del homicidio en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán. De autos se desprende que aunque los sucesos investigados tuvieron lugar días después del nueve de abril, en cambio no satisfacen los otros requisitos: no satisfacen el de la calidad de los ilícitos por cuanto esa calidad está íntimamente ligada con la relación mencionada y es obvio que no se complace con el tercer requisito, que en definitiva es el único que se cumple en estas diligencias, la condición de que no se trate del homicidio en la persona del doctor Jorge Eliécer Gaitán”.

Se considera:

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por motivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional —si así puede llamarse— no se extiende al juzgamiento de delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos

políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos: móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directamente o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los **delitos complejos o conexos** de que trata el artículo 1º de los decretos-leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público.

Las expresiones de delitos simples, delitos complejos y delitos conexos, pueden crear dudas en el juzgador para efectos de apreciar el delito y determinar la competencia, y por esto, es oportuno repetir lo que esta Sala dijo en providencia de 2 de junio de 1938:

“Según los autores, **delito simple** es aquél por medio del cual se lesiona un solo bien o interés jurídico, como el homicidio, el hurto, las lesiones y el robo, la falsedad y la estafa, etc.; y **delito complejo** es el constituido por el quebrantamiento de distintos bienes o intereses jurídicos mediante hechos diversos, cada uno de los cuales constituye por sí solo un delito, como el homicidio y el robo, la falsedad y la estafa, etc.; y **delitos conexos** son los que están ligados por un vínculo estrecho que los hace depender unos de otros y explicar los unos por los otros (Cuello Calón, Garraud, Soler, Ramos)”.

“Puede hacerse una distinción entre delitos complejos y delitos conexos, pero la opinión que parece más común hace considerar que en el **delito complejo** es menester que uno de los hechos que lo integran sea medio necesario para la realización del otro, de suerte que haya entre ellos relación de medio y fin y, así, los dos términos de complejo y conexo se confunden o significan lo mismo”.

Estos conceptos deben tenerse en cuenta en el examen de los hechos, para saber si los delitos cometidos en las circunstancias de que dan cuenta las diligencias enviadas a la Corte, son o no de competencia de las autoridades militares.

Es evidente que los delitos de homicidio, lesiones personales y robo se realizaron el once de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, cuando se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, pero también es cierto que esos delitos no tienen ninguna vinculación con los hechos que los produjeron, ni con los decretos de carácter extraordinario que atribuyen competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de ciertos ilícitos.

Pensar que los decretos 1285, 1406 y 1895 confieren competencia a las autoridades de la justicia penal militar para conocer y juzgar "de todos los delitos cometidos en el país en los días 9 de abril y siguientes" sin excepción ni limitación alguna, sería tanto como aceptar que los decretos tienen virtud suficiente para derogar las leyes penales ordinarias, Código Penal y Código de Procedimiento Penal. La interpretación que debe darse al contenido del artículo 1º del decreto número 1895 de 4 de junio de 1948, no puede ser aislada, sino con vinculación directa a las normas establecidas en los decretos 1285 y 1406, y en estos decretos no se confiere competencia a las autoridades militares para juzgar de todos los delitos realizados en el país a partir de la turbación del orden público, sino para aquellos delitos cometidos antes o después de ese estado, y siempre y cuando esas infracciones de la ley penal, tengan relación directa con los hechos que produjeron tal estado de cosas.

Los hechos investigados no tuvieron como móviles directos ni indirectos los sucesos del nueve de abril del presente año, ni tampoco se trata de investigar delitos complejos, o sea delitos cometidos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, realizados en conexidad con delitos comunes; se trata únicamente de establecer la verdad material de los sucesos ocurridos el once de abril, hechos que sólo alcanzan a configurar delitos comunes, y no de aquéllos previstos en los citados decretos.

La afirmación anterior se corrobora con la prueba testimonial que reposa en el sumario. En efecto el Sargento Joaquín Reina declara:

"En el mes de febrero del presente año, más o menos, me encontraba en el Corregimiento de la Vega, jurisdicción del Municipio de Cáchira (Norte de Santander), de Retén, con quince soldados entre los cuales recuerdo a Ernesto Núñez, Luis Francisco Rey Medina, Gonzalo Díaz, y una noche fue atacado el Sargento Primero Lizcano en el sitio denominado "La Laguna", en los límites de los dos Santanderes; y desde esa fecha en adelante

se inició el terror en ese sector; no podía viajar ninguna persona a pie de "La Laguna" a Límites. En vista de esta situación puse un telegrama al Comando de la Brigada pidiendo un puesto en Límites. El puesto fue destacado de la Policía que había en Bucaramanga; entonces estante el puesto de la Policía acantonado en "Río Blanco", seguíanse sucediendo los ataques en los límites y el campamento de la carretera, como le puede constar al señor Alcalde de Rionegro, señor Teniente Galindo, Comandante de la comisión de Cáchira, los que viajábamos diarias (sic) a levantar muertos. Es de notar y se tiene seguridad que el señor Polo Beltrán, propietario de Límites, me informaba con frecuencia que era una chusma de "Betania", siendo así y como le consta al señor Capitán Medina, no recuerdo la fecha, yendo con una comisión para Cáchira le tocó volverse unos muertos en los alrededores de la casa de Límites".

Polo Beltrán dice: "Hago constar que los señores Justiniano Díaz, Reyes Gelves, Belisario Gelves, Pedro Parada, Honorio Mejía, Tirso Villamizar y otros que no recuerdo sus nombres, habían desocupado sus habitaciones hacia más o menos unos ochos días antes del domingo del asalto, lo que deja ver que estos individuos estaban perfectamente noticiados y comunicados del ataque que llevaron a cabo el domingo once de los corrientes".

Justo Saavedra expresa: "Nosotros estábamos presintiendo esa tragedia porque varias veces habíamos sido amenazados y hace más o menos el espacio de un mes dejaron una carta frente a mi casa de habitación allá en Límites, una noche que llegaron y botaron una bomba que reventó frente a mi casa en la carretera. Esa carta decía más o menos lo siguiente: "Rojos de los Límites" señores Justo Saavedra, Polo Beltrán, los Camargos y José Ramírez y así sucesivamente los demás rojos de los Límites. Tendrán que desocupar por lo menos dentro de quince días, so pena de muerte".

De lo anterior se deduce que los hechos investigados tuvieron origen en causas o divergencias políticas anteriores a los sucesos del nueve de abril del presente año. Entre los habitantes de la región de Límites (Santander) existía un fermento de odios y pasiones, que por disparidad de opiniones políticas se traducían en el dominio de los unos sobre los otros con el sacrificio de vidas, había cierto temor y un presentimiento de que serían atacados, circunstancias estas que motivaron el abandono de sus hogares para no ser víctimas de la sorpresa de un ataque alevoso, y estas preven-

ciones no se tomaron con motivo de los sucesos del 9 de abril, sino con anterioridad a esa fecha.

La circunstancia de que el ataque se produjera el día 11 de abril, cuando se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio la República, no le quita a los delitos cometidos el carácter de comunes para convertirlos en delitos complejos de aquéllos que contempla el Decreto 1406 de abril 30 de 1948; lo primero, porque no se encuentra prueba en el sumario de que se hubiera cometido un delito contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y que por motivo de esos hechos se hubiera también cometido delitos comunes como homicidios, lesiones personales, saqueos o cualesquiera otros delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar; y lo segundo, porque si bien es verdad, que los delitos se realizaron después de la turbación del orden público, ellos no tienen ninguna vinculación directa ni indirecta con los hechos que dieron lugar a ese

estado, ni con los Decretos de carácter extraordinario que atribuyen competencia a la Justicia Penal Militar.

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, dirime la COLISION de competencias en el sentido de declarar que del proceso contra Luis A. Cañón Granados y otros debe conocer la justicia ordinaria.

Cópiese, notifíquese y dése cuenta al señor Juez Superior Militar de la Quinta Brigada, y envíense las diligencias al Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL. — TERMINOS PROCESALES. — RAZON JURIDICA DE LAS NORMAS QUE LOS FIJAN

De las condiciones básicas y elementales del procedimiento penal —SENCILLEZ, RAPIDEZ, CONTINUIDAD—, la segunda implica la institución de los términos, mediante los cuales se garantizan y protegen los intereses y derechos de las partes; así, pues, el proceso, como conjunto de actos coordinados entre sí y convergentes al supremo objetivo de la actuación de la ley penal, no es indefinido, comporta un límite, no está subordinado —en cuanto al tiempo— al arbitrio del Juez ni de las partes.

Sobre aquellas condiciones y especialmente sobre LOS TERMINOS COMO FUNDAMENTOS DE LA RAPIDEZ, los expositores de Derecho Procesal concuerdan invariablemente.

“Otro requisito, en gran parte dependiente del primero (la sencillez) —escribe el conocido procesalista Lucchini— debe consistir EN LA RAPIDEZ DEL TRABAJO PROCESAL. En caso de condena, cuanto más pronto se aplique la pena al delito, más ejemplar y eficaz es la represión. En caso de absolución, la rapidez de los actos hará el procedimiento menos perjudicial a quien haya sido indebidamente procesado.

“Para muchos actos —continúa el citado Profesor— se ha establecido un término dentro del cual deben cumplirse o antes del cual no pueden cumplirse, sea para asegurar LA RAPIDEZ DEL PROCEDIMIENTO (subraya la Sala), SEA PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS E INTERESES DE LAS PARTES.

“El estudio de la fijación de los términos oportunos para varios actos —concluye— es uno de los más graves y difíciles, pues ellos concilian las garantías necesarias a las partes con las exigencias de una justicia ágil y expedita”.

Entre los derechos e intereses de las partes que más gravemente afectan la violación de los términos y el consecuente aplazamiento están: el de los procesados, a que su posición

jurídica —una vez planteada su defensa— se decida, y el del Estado, a que si son culpables se les sancione rápidamente para evadir toda posibilidad de prescripción, y si no lo son, se les absuelva. Esta y no otra, es la razón jurídica de las normas que fijan términos procesales y sancionan a los funcionarios que las violan, de las que otorgan la libertad provisional cuando aquéllos han transcurrido sin que se haya calificado el sumario o fallado el proceso, y de las que imponen la obligación de garantizar la rapidez del procedimiento, especialmente si en ella está empeñado el derecho a la defensa, derecho que —como afirma Carrara— no es un privilegio ni una concesión deseada por la humanidad, sino un derecho de orden público primario, originario del hombre y, por ello inalienable”, en el cual “la sociedad tiene también un interés directo”, “porque necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable”.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

El Ministerio de Justicia ha enviado a esta Sala de la Corte la solicitud que los procesados por los sucesos verificados en Gachetá el ocho de enero de mil novecientos treinta y nueve le dirigieron desde Medellín, en cuya cárcel se hallaban detenidos, a fin de que se conceptúe —de conformidad con el artículo 58 del estatuto procesal penal— si es conveniente o inconveniente para la recta administración de justicia que el juicio continúe en un Distrito Judicial distinto al de Medellín, en el que —por los motivos a que posteriormente se hará referencia— fue radicado mediante Resolución No. 36 de 22 de febrero de 1941.

### a) Fundamentos de la solicitud

Las razones que los procesados han expuesto, pa-

ra fundar su solicitud, son, en resumen, las siguientes:

a) Que hace diez años se inició esta investigación (enero de 1939) sin que hasta la fecha de la solicitud (7 de julio del año en curso) se hubiera fallado el negocio;

b) Que una de las causas de esta anomalía es el hecho de que de los procesados por los mencionados sucesos de Gachetá, cinco (los solicitantes) por su carácter de civiles se hallan detenidos en la cárcel de Medellín, y los otros, por el de miembros entonces del cuerpo de Policía Nacional, en los cuarteles de Bogotá;

c) Que abierto ya a prueba el negocio y debiéndose practicar en este Distrito las pruebas pedidas, la residencia de los procesados en ciudades entre sí distantes, como Bogotá y Medellín, aplazaría aún más la decisión final;

d) Que en el proceso se han producido aplazamientos y demoras, que les han causado y podrían causarles graves perjuicios; y

e) Que los motivos que en 1941 fundaron la radicación del proceso en Medellín han desaparecido.

#### b) Pruebas

En apoyo de las anteriores razones, los solicitantes y el Ministerio de Justicia enviaron, a título de prueba, los siguientes documentos:

a) Acta de la visita o inspección que, a solicitud de los procesados, el Director del Departamento Jurídico del nombrado Ministerio verificó; sobre el proceso, un día antes de que aquéllos solicitaran su juzgamiento en otro Distrito;

b) Informe del mismo funcionario al Ministerio de Justicia sobre el desarrollo y actual estado del proceso;

c) Oficio No. 144 que el seis de septiembre del año en curso el Juez 1º Superior de Medellín dirigió al mismo Ministro en relación con el mismo proceso, y

d) Certificado expedido por el Secretario del mismo Juez sobre las fechas en que se han dictado determinadas providencias, nombres de los procesados detenidos en Medellín y en Bogotá y el estado del proceso el día que se expidió el certificado (octubre 20 de 1948).

#### c) Estudio de las pruebas

El examen de los documentos adjuntos a la solicitud, que se han enumerado, destaca como evidentes los siguientes hechos:

a) Que el Gobierno, en consideración a que después de que el Tribunal Superior de Bogotá debió haberse informado —en virtud de recurso ante él— de que uno de los procesados fue elegido Juez 4º Superior del mismo Distrito, y en consideración también a que la Sala a que fue repartido el negocio estaba entonces integrada por Magistrados de las mismas ideas políticas de los procesados, dictó el 22 de febrero de 1941 la Resolución No. 36 por la cual radicó este proceso en el Distrito Judicial de Medellín;

b) Que el 23 de noviembre de 1942 el Juez 1º Superior de aquel Distrito auto de proceder de primer grado, cuya reposición fue negada el 14 de septiembre del año siguiente (1943), es decir, diez meses después del auto recurrido;

c) Que el 30 de noviembre de 1945, o sea dos años y dos meses contados desde el día en que el Juez Superior negó la reposición, el Tribunal, con el salvamento de un Magistrado, confirmó el auto de proceder;

d) Que el 2 de septiembre del año siguiente (1946), o sea nueve meses después, el Tribunal negó la reposición del auto del 30 de noviembre del año anterior (1945);

e) Que el 2 de noviembre del mismo año (1946) se envió el respectivo despacho a Bogotá a fin de notificar a los procesados aquí detenidos el auto sobre traslado para si tenían pruebas que pedir, despacho que fue devuelto, junto con la solicitud de pruebas, el 17 de diciembre de 1947, o sea trece meses y medio contados desde el envío de Medellín; y

f) Que el 18 de octubre del mismo año (1947), el Juez expidió el decreto sobre práctica de pruebas, y el 20 de octubre del corriente (1948), día en que el Secretario del Juzgado expidió el certificado sobre estos datos, se esperaba comisionar a un Juez de Instrucción para practicar las decretadas en un auto de ampliación.

#### d) Conclusiones de los funcionarios

Cree indispensable la Corte transcribir, como fundamentos de la decisión que ha de adoptarse, los conceptos que el actual Juez Superior de Medellín (distinto al que los procesados imputan parcialidad) a cuyo Despacho se halla este proceso, y del Director del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia, rindieron a éste.

#### a) Concepto del Juez 1º Superior de Medellín

“A conocimiento de este Despacho, como muy bien lo sabe S. S., —dice el Oficio No. 144 del 6 de

tiembre del año en curso—, está el negocio con Dagoberto Ocampo y otros, mejor conocido en el país con la denominación de “Proceso de Gachetá”.

“Y ocurre, señor Ministro, que, en el rodaje común del prenombrado proceso, está ocurriendo algo anómalo y perjudicial, tanto para los intereses de la justicia, cuanto para los de los mismos inculcados, es a saber: que mientras en la cárcel de esta ciudad sólo hay cinco detenidos, a quienes oportunamente se les hacen las notificaciones de rigor —muy frecuentes en negocios de esta índole—, en Bogotá hay un número mayor de los mismos, cuya localización se hace en extremo difícil, cuando con ellos hay necesidad de practicar una diligencia cualquiera”.

“Fácil es deducir que, en semejantes condiciones, se hace dificultosa, no sólo la rapidez y oportunidad de la tramitación, sino también la necesaria comunicación que debe existir entre los sindicatos, para mejor convenir lo que interese a sus derechos. Es el caso, pues, en mi concepto, de que los detenidos de Bogotá se ponen a órdenes de esta oficina, en la cárcel de Medellín, o en sitio aparente de esta ciudad, o se estudia de nuevo la manera de buscar la radicación del negocio en otro lugar donde sea factible lo que acabo de narrar a S. S.”.

#### b) Concepto del Director del Departamento Jurídico

“El nuevo Juez Primero Superior plantea como causal para un posible cambio de radicación —dice este funcionario en su informe al Ministro— el hecho de encontrarse algunos encausados en Bogotá lo que evidentemente perturba la marcha regular del expediente. Lo que a juicio del suscrito, quedaría resuelto mediante la concentración de los encausados detenidos, en el Distrito donde haya de ventilarse la causa.

“La consideración humana del problema merece especial atención: ciudadanos detenidos por espacio de varios años en lugar diferente al de la residencia de sus familias y en donde, por consecuencia, disponen de un mínimo de defensas materiales y espirituales, hacen pensar en la oportunidad de buscarle una interpretación lo más amplia posible a la materia que reglamenta los cambios de radicación. Circunstancia que, a no dudarlo, tendrá muy en cuenta la H. Corte Suprema de Justicia, al revisar el expediente en que algunos de los encausados por el proceso de Gachetá piden

nuevamente el cambio de radicación con sujeción a las disposiciones legales que reglamentan la materia, y en el que el Ministerio de Justicia ha prestado toda su cooperación”.

“Se ha reducido el presente informe a los términos más sintéticos posibles, a fin de que el Ministerio de Justicia disponga en todo momento de un nuevo elemento de juicio sobre uno de los procesos de mayor trascendencia que se hayan ventilado ante la Rama Jurisdiccional, en los últimos tiempos”.

“Ha considerado también oportuno el suscrito, disponer que se agregue, en copia, el presente informe a la solicitud sobre cambio de radicación solicitada por los señores Felipe Garavito A. y compañeros detenidos en la cárcel del Distrito de Medellín, para que con tal elemento pase a la consideración de la H. Corte Suprema de Justicia el expediente sobre cambio de radicación del proceso de Gachetá”.

#### e) Concepto de la Corte

De las razones expuestas para que este proceso se continúe en otro Distrito, entre ellas la actitud del Juez hacia los procesados (razón desaparecida por su separación del cargo), las referentes a la dificultad de una defensa eficaz y a su detención indefinida, especialmente causadas por el carácter de los procesados (civiles unos y agentes y oficiales de policía otros) y su consiguiente separación en establecimientos de detención tan distantes el uno del otro (Bogotá y Medellín), son las razones que de preferencia ha de analizar la Corte en relación con las consecuencias que para la justicia puede tener la renuencia a considerarlas.

Tomando como base inicial de estudio el tiempo (cuatro años) que transcurrió entre el auto de proceder de primer grado y el de segundo, o mejor el tiempo indispensable para que dicho auto quedara ejecutoriado, y también el tiempo transcurrido (dos años) entre el que ordena dar traslado a las partes para la petición de pruebas y la orden de practicarlas, términos éstos cuya extensión —suponiendo normal la actividad de los funcionarios— debió ser causada por la necesidad legal de notificar personalmente tales autos a los detenidos en Bogotá y Medellín como lo prescribe el estatuto procesal; como también a los posibles incidentes procesales que promovidos por las partes, debieron —como de ordinario— suceder; tomando como base tal realidad —se repite— a posteriori se induce que autos tan importantes para la defensa, co-

mo los que señalan fechas para el sorteo de jurados y para la audiencia pública que, por imperio legal, deben notificarse y ejecutoriarse análogamente, requerirían —aceptando análoga suposición de normal actividad judicial— un tiempo no menor de dos a tres años que, sumado al que Juez y Tribunal habrán de requerir para sus fallos, notificaciones y ejecutorias, se estaría en presencia del insólito caso de un proceso de duración mayor de tres lustros, es decir, de un proceso penal elaborado sin consideración a sus condiciones, a sus fines y a los intereses de las partes.

De las condiciones básicas y elementales del procedimiento penal —**sencillez, rapidez, continuidad**—, la segunda implica la institución de los términos, mediante los cuales se garantizan y protegen los intereses y derechos de las partes; así, pues, el proceso, como conjunto de actos coordinados entre sí y convergentes al supremo objetivo de la actuación de la ley penal, no es indefinido, comporta un límite, no está subordinado —en cuanto al tiempo— al arbitrio del Juez ni de las partes.

Sobre aquellas condiciones y especialmente sobre los términos como fundamentos de la rapidez, los expositores de Derecho Procesal concuerdan invariablemente.

“Otro requisito, en gran parte dependiente del primero (la sencillez) —escribe el conocido procesalista Lucchini— debe consistir en la **rapidez del trabajo procesal**. En caso de condena, cuanto más pronto se aplique la pena al delito, más ejemplar y eficaz es la represión. En caso de absolución, la rapidez de los actos hará el procedimiento menos perjudicial a quien haya sido indebidamente procesado.

“Para muchos actos —continúa el citado Profesor— se ha establecido un término dentro del cual deben cumplirse o antes del cual no pueden cumplirse, sea para asegurar la **rapidez del procedimiento** (subraya la Sala), sea para **garantizar los derechos e intereses de las partes**.

“El estudio de la fijación de los términos oportunos para varios actos —concluye— es uno de los más graves y difíciles, pues ellos concilian las garantías necesarias a las partes con las exigencias de una justicia ágil y expedita”.

Entre los derechos e intereses de las partes que más gravemente afectan la violación de los términos y el consiguiente aplazamiento están: el de los

procesados, a que su posición jurídica —una vez planteada su defensa— se decida, y el del Estado a que si son culpables se les sancione rápidamente para evadir toda posibilidad de prescripción, y no lo son, se les absuelva. Esta, y no otra, es razón jurídica de las normas que fijan términos procesales y sancionan a los funcionarios que los violan, de las que otorgan la libertad provisional cuando aquéllos han transcurrido sin que se haya calificado el sumario o fallado el proceso, y de las que imponen la obligación de garantizar la rapidez del procedimiento, especialmente si en él está empeñado el derecho a la defensa, derecho que —como afirma Carrara— no es un privilegio ni una concesión deseada por la humanidad, sino un derecho de orden público primario, originario del hombre y, por ello inalienable”, en el cual “la sociedad tiene también un interés directo”, “por lo que necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable”.

Si es, pues, obligación de los funcionarios adelantar los procesos dentro de los términos que señala la ley, también lo es la de remover todos los obstáculos que se opongan a ello, como es —en el caso presente— la separación de los procesados en dos grupos, y su detención, por causa de la inexistencia de los unos, en establecimientos situados en Distritos tan distantes, lo que imposibilita, como se ha alegado, la unidad de la defensa; graves obstáculos éstos, que pueden obviarse radicando el proceso, según la respetable insinuación del nuevo Juez Superior de Medellín, en un Distrito donde esa realidad (la separación de procesados) desaparezca, sin que ello implique acto inconveniente para una recta administración de justicia.

Aceptadas las consecuencias, que para la rapidez del desarrollo del proceso y para los procesados acarrearán la separación y detención de los procesados en Distritos tan distantes, la Corte examina seguidamente las otras cuestiones también prepuestas como fundamento de la solicitud: el aplazamiento del proceso con el propósito de prorrogar la detención (imputable al Juez) y la desaparición de los motivos que fundaron la radicación en Medellín.

En cuanto a lo primero, y vistos los documentos anexos, entre ellos el memorandum que los procesados sometieron al Director del Departamento Jurídico, el acta de la inspección verificada por el Juez y las observaciones del Juez, no halla la Corte elementos de juicio suficientes para deducir

existencia legal del cargo; y en cuanto a lo segundo, tratándose de un proceso al que las actividades políticas de Cundinamarca han dado un carácter esencialmente político, y en el cual figuran, ya como autores, ya como acusadores, prestantes ciudadanos de una y otra corriente política, subsiste el motivo que indujo al Gobierno a sacar este proceso del Distrito Judicial de Bogotá, y que no justificaría su radicación en el de Bogotá, donde se sucedieron los hechos.

---

En consideración, pues, a lo expuesto, y a los intereses de la justicia como de los procesados, el Gobierno podría escoger un Distrito, vecino al de

Bogotá, que facilitara la unidad de la defensa y un más rápido desarrollo del proceso.

La Corte Suprema, —Sala de Casación Penal— conceptúa, por lo tanto, que los solicitantes y demás procesados por los sucesos de Gachetá, pueden ser juzgados en un Distrito distinto a aquellos en que se cometió el delito y se ha seguido el proceso.

Cópiese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Alberto Benavides<sup>r</sup> Guerrero, Conjuez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## DEMANDA DE CASACION. — NULIDADES

1.—Son muchas ya las ocasiones en que la Corte ha repetido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas, porque no puede la Sala tomar su lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia, en que el superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el estatuto procesal civil establece en el artículo 531, en atención a lo prescrito en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

2.—No se puede alegar en casación como causal de nulidad el hecho de no haberse notificado en debida forma el auto de proceder a la parte civil, sino por la misma parte, ni tampoco constituye causal de nulidad el que al procesado que está gozando de libertad no se le haya notificado personalmente el auto que abre el juicio a pruebas, si, por otra parte, la notificación en debida forma fue hecha a su defensor, o si no habiendo sido hecha a ninguno de los dos, el defensor pidió, sin embargo, la práctica de las que consideró convenientes, pues, en este último caso, su intervención al pedir las subsana la irregularidad en caso de haber existido, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de 19 de mayo último, condenó a Joaquín María Guzmán Pino a la pena de trece meses de presidio y multa de ciento diez pesos, como autor del delito de lesiones personales.

Contra ese fallo se interpuso casación, con base en las causales primera, segunda y cuarta del ar-

tículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se estudiarán en el orden que la lógica aconseje.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos.

Dice el recurrente que los hechos acaecieron en el paraje de Santa María, del municipio de Timbío, el 3 de junio de 1945, debido a que Jeremías Salamanca ofendió y ultrajó a Joaquín María Guzmán Pino, a consecuencia de lo cual resultaron heridos tanto los nombrados Salamanca y Guzmán, como la señora Juliana Tosse.

No aparece motivación alguna para el proceder de Salamanca —prosigue— al ultrajar y herir previamente al sindicado Guzmán Pino. En las indagatorias Guzmán Pino admite los hechos en la forma dicha, y los testigos Isaac García, María Salvadora Fernández y, de modo especial, Gerardo Bedoya, confirman los ultrajes, graves ofensas y el ataque de que fue víctima el sindicado.

Consta, además, la excelente conducta pública y privada de Guzmán Pino, que lo hace aparecer como hombre enemigo de riñas y pendencias, como consta de las declaraciones, recibidas en el término de pruebas, de José Rómulo Muñoz, Rogelio Muñoz, Manuel Martínez, Gregorio Bravo, Rafael Martínez, Antonio Montoya y Efraín Luna.

La sentencia del Tribunal aprecia erradamente los hechos —concluye la demanda— porque de las declaraciones citadas se deduce que el procesado actuó en estado de ira y de intenso dolor, según el artículo 28º del Código Penal, y sin embargo declaró que los sucesos habían ocurrido en riña imprevista.

Se considera:

Según el relato que el Juzgado Segundo del Circuito Penal hace en el enjuiciamiento, Jeremías Salamanca, acompañado de su esposa, llegó a la casa de Isaac García, y comenzaron a tomar aguardiente. En esas llegó Joaquín María Guzmán Pino, quien dijo que venía a buscar unos animales que se le habían perdido y que tan sólo había encontrado una yegua, a la cual le habían puesto una horqueta, y que si él supiera quién se la había puesto, no le importaría pagar ese daño en la cárcel. Salamanca le contestó que él no había sido, pero que era tan hombre como Guzmán. De esta

conversación se fueron a las manos, pretendiendo dirigirse con un látigo que uno de ellos portaba, y al fin resultaron ambos heridos con el cuchillo que el acusado tomó de su cabalgadura.

Tanto el Juzgado como el Tribunal estimaron que los hechos habían acaecido en una riña suscitada de modo imprevisto. Pero el recurrente apenas plantea la tesis de que hubo provocación por parte de la víctima, sin que la hubiera demostrado. Y era necesario que le hiciera ver a la Corte que en la sentencia se había incurrido en un error que piezas así lo demuestran con plenitud.

En muchas ya las ocasiones en que la Corte ha permitido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas, porque no puede la Sala tomar lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia, en que el superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el estatuto procesal civil establece en el artículo 531, en atención a lo prescrito en el 7º del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, la causal invocada no puede prosperar.

**Causal primera:** indebida aplicación de la ley penal.

Dice el recurrente que el Tribunal debió aplicar el artículo 28 del Código Penal, en vez del 24 de la misma obra y que, por tanto, violó la ley penal.

Pero no habiendo demostrado en forma alguna que el Tribunal interpretó erróneamente los hechos, no puede aceptarse que, como consecuencia, se hubiera aplicado indebidamente la sanción.

Por tanto, la causal invocada tampoco puede prosperar.

**Causal cuarta:** nulidad del juicio.

Como motivos de nulidad invoca, subsidiariamente dos: que no se notificó a la parte civil el auto de proceder, y que no se notificó a las partes, en forma debida, el auto por medio del cual se abrió a pruebas el juicio.

El primer motivo no puede aceptarse, no solamente porque quien recurre aquí no es la parte civil, que sería la que podría invocarlo, sino porque la notificación del auto de proceder a la parte civil se hizo el 8 de junio de 1946, como consta al folio 53 vuelto del cuaderno primero, según lo anota el Ministerio Público.

Y también el segundo motivo carece de fundamento, porque si al procesado no se le notificó el auto que abría el juicio a pruebas, fue por hallarse gozando de libertad cuando se dictó la providencia, si se le notificó a su defensor (fls. 58 v., 59 y 60 v.), quien pidió la práctica de las que creyó convenientes (fl. 60 del c. 1º, y 3 del c. 2º). De suerte que si al defensor no se le hubiera notificado tampoco la providencia que ordenó manifestar si se pedían pruebas, su intervención al pedir las hubiera subsanado la irregularidad, en caso de haber existido, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

La causal invocada tampoco puede, por tanto, prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — INCAPACIDAD Y PERTURBACION FUNCIONAL. — RECONOCIMIENTOS MEDICOS

1.—La causal primera de casación prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, sea porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el mandato del artículo 36.

2.—Las leyes determinan el objeto de los reconocimientos (artículo 308), sus condiciones de forma (308 y 311), su valor probatorio (268) y los sistemas de aclaración e impugnación (266 y 267); si no se cumplieron algunas condiciones, como la periodicidad, o hubo alguna contradicción relativa a si fue el lado izquierdo o el derecho el de la región afectada, son ellas irregularidades que no influyen en la apreciación de los dictámenes, si éstos precisan claramente la naturaleza, extensión y gravedad de las lesiones y sus consecuencias (permanentes o transitorias), y si no fueron tales dictámenes objetados oportunamente, o si lo fueron, las objeciones se declararon infundadas.

3.—La tesis de que, cuando la perturbación funcional sólo abarca una parte de órgano o miembro, no todo, sólo hay incapacidad, de conformidad con la ley (artículo 374), no es jurídicamente exacta; proviene ella del concepto equivocado, de que sólo hay perturbación funcional cuando afecta la totalidad de un órgano o miembro, según su clasificación genérica (miembro superior, miembro inferior, órgano de la respiración, de la locomoción, de la nutrición), y no cuando afecta un sector o parte de órganos o miembros (aprehensión, masticación, deglución, manos, brazos, etc.), llegando así a la conclusión de que la disminución de la función acusada por una lesión (cuando no pueda equipararse a incapacidad o enfermedad), no es penalmente sancionable como perturbación, lo que es igualmente equivocado.

La ley penal, por eso, frente a la hipótesis de la mayor o menor extensión o gravedad de las perturbaciones funcionales, estableció

una escala de penalidad dentro de la cual el juzgador pueda actuar, de modo que abarcaren, en su totalidad, un órgano miembro, se acercará al máximo de la pena y al mínimo si una parte o sector de ese órgano o miembro.

Es inaceptable, por lo tanto, la tesis de que la perturbación funcional se equipara a la incapacidad cuando afecta la totalidad de un órgano o miembro.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Manuel Antonio Castro interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, del veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y siete, que le impuso la pena de un año de presidio (artículos 374 y 384 C. P.) por el delito de lesiones en Luis Angel Ledesma, cometido la tarde del doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el poblado de Viterbo, Municipio de Apía.

Sometido el recurso al procedimiento que fija los artículos 563 y 566 del Código respectivo, si por inasistencia de las partes se hubiera celebrado la audiencia, se decide en este fallo, con vista en las tesis del Tribunal, del Procurador del recurrente.

a) El delito

“En la tarde del doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro —según la descripción que del delito hizo el Tribunal en su sentencia— se encontraban en el barrio de tolerancia del Cuadrángulo de Viterbo, y dedicados a ingerir bebidas alcohólicas los señores Juan de Jesús Ruiz Alfonso Corrales, Pedro Castro y Manuel del mismo apellido. En ese sitio, y como a las cinco de la tarde, poco más o menos, aquellos sujetos observaron que a poca distancia de ellos, Luis Angel Ledesma y Juancho Giraldo estaban discutiendo

como con deseos de pelear; cuando esto ocurría legó Manuel Castro, y retiró a Juancho su cuñao, y con una peñilla que llevaba en la mano arreñetió contra Ledesma, a la vez que éste armado de un cuchillo se defendía, lo que no logró hacer, ya que Castro le propinó dos heridas, una en la pierna y otra en una mano, y acto seguido salió corriendo, habiendo sido capturado momentos después”.

### b) El proceso

Los actos y providencias del proceso que se relacionan con los temas que presenta el recurrente son, en resumen, los siguientes:

a) El primer reconocimiento, practicado en Pereira el mismo día del delito, según el cual Ledesma recibió dos heridas causadas con machete: una, de cinco centímetros de superficie (sic), de dirección vertical, en la cara anterior, tercio inferior, del antebrazo izquierdo, que le escindió transversalmente la piel, el tejido celular subcutáneo, la aponerosis antibraquial exterior, los músculos flexores (superficial y profundo) comunes a los dedos, con fractura de los huesos cúbito y radio; y otra, de siete centímetros de superficie (sic), en la parte media de la cara antero-interna de la pierna izquierda, que le escindió la piel, el tejido celular subcutáneo, los músculos gemelos y solear en su mitad interna y la cara interna de la tibia en su tabla externa; lesiones éstas que habrían de causarle a Ledesma cuarenta días de incapacidad, sin deformidad física, con reserva de fijar la “capacidad funcional y productora” cuando hubieren transcurrido sesenta días;

b) El segundo reconocimiento, practicado cinco días después (el 17 de noviembre), según el cual Ledesma, aquel día, continuaba incapacitado;

c) El último, practicado dos meses después (el 11 de enero de 1945), con el siguiente resultado: cuarenta días de incapacidad; anquilosis de la región del carpo; falta de los movimientos de flexión y extensión de los dedos de la mano derecha; deformidad física de segundo grado (es decir, de carácter leve), producida por la anquilosis y posición de aducción de su mano derecha; disminución de su capacidad productora en un cuarenta por ciento de manera permanente, y anulación de la capacidad funcional para los movimientos de la mano derecha;

d) El practicado durante el juicio (mayo 12 de 1946) en el cual se ratificó la afirmación de que la mano lesionada fue la izquierda y no la derecha, y

e) Autos de proceder del Juez de Circuito de Apía y del Tribunal de Pereira, en el último de los cuales se reafirmó la responsabilidad de Castro con la circunstancia de la riña imprevista;

f) Sentencia de primer grado, por la cual —de conformidad con los artículos 374 (2º) y 384 del Código Penal— Castro fue condenado a la pena de un año de prisión;

g) Sentencia de segundo grado, mediante la cual la de primera se reformó en el sentido de cambiar la especie de pena y sustituir, por lo tanto, por presidio la prisión, y

h) Autos del Tribunal y de la Corte, por los cuales —respectivamente— se concedió y admitió la casación contra la última de las sentencias citadas.

### c) La demanda

Dos fueron las causales invocadas en este recurso: la primera, porque se aplicó el artículo 374 y no el 372 del Código Penal, dando así lugar a interpretación errónea y aplicación indebida de la ley, y la segunda, porque se interpretaron o apreciaron erróneamente los reconocimientos, ya que a leves defectos físicos acompañados —dice la demanda— de una relativa y supuesta incapacidad se les consideró o apreció como una perturbación funcional que no existe.

El demandante expone los fundamentos del recurso en la forma y términos que a continuación se resumen:

#### a) Causal primera

Tomando como base las fechas en que Ledesma fue reconocido (12 y 17 de noviembre de 1944, 11 de enero de 1945 y 12 de mayo de 1946), el tiempo que medió entre los diversos reconocimientos, la contradicción existente entre el último (que localiza las lesiones en la mano derecha) y los anteriores (que las sitúan en la izquierda), y la región anatómica afectada, el demandante deriva la tesis de que “la confusión —se transcribe textualmente— ahoga todo elemento de imputabilidad por lo que toca a las circunstancias distintas a la incapacidad”, y de que —también se transcribe textualmente— “en los reconocimientos no se refiere a toda la extensión anatómica del miembro superior —derecho o izquierdo— ni a toda su capacidad funcional”, y de que, finalmente, y como consecuencia de lo anterior, la disposición aplicable es el artículo 372 del Código Penal.

### b) Causal segunda

“Por incidencia de la primera —dice la demanda— aparece justificada la segunda causal de casación, pues que es evidente la demostración de la errada interpretación o apreciación de los hechos —los relativos a la materia misma de los reconocimientos— a los cuales se les ha atribuído en la sentencia un valor probatorio que no tienen, pues que a leves defectos físicos, acompañados de una relativa y supuesta incapacidad se les consideró o apreció como una perturbación funcional que realmente no existe”.

“La anquilosis del carpo —añade— es decir, la privación del movimiento de flexión y extensión de sus dedos respectivos como derivación, no constituye nunca una perturbación funcional, y por lo mismo, estos hechos así considerados dejan por demostrada la justificación de la segunda causal, para concluir con la misma legalmente necesaria consecuencia de invalidar el fallo y pronunciar el que deba reemplazarlo”.

La demanda, además, transcribe algunas doctrinas de la Corte, en relación con el valor que debe darse a las pericias como medio de prueba de los delitos de lesiones y al alcance que ha fijado a la noción de perturbación funcional de órgano o miembro en relación con la incapacidad para el trabajo.

### d) Concepto del Procurador

El Procurador rebate, una a una, las objeciones del recurrente a la sentencia, fundado, ya en la doctrina de la Corte adoptada en casos análogos, ya en los principios de la Medicina Legal aplicables al presente.

La irregularidad procesal consistente en no haber practicado periódicamente los reconocimientos —según aquel funcionario— así como la aparente oposición relativa a la mano lesionada, no tienen influencia alguna en la determinación de las consecuencias dejadas por las lesiones, especialmente si —como sucedió en este proceso— en el primer reconocimiento se hicieron constar la región anatómica afectada, los músculos seccionales, los huesos fracturados, el probable tiempo de incapacidad y aquél en que las consecuencias de las lesiones podrían ser fijadas sesenta días después, y, como se comprueba en el proceso, no existe la contradicción entre los reconocimientos que impida aceptar las consecuencias de las graves lesiones sufridas por Ledesma.

Menos acepta el Procurador la objeción dirigida a la existencia de la perturbación funcional que el Tribunal tomó como base de la imposición de la pena, oportunidad que aprovecha para hacer la distribución técnica —ya adoptada por la Procuraduría y la Corte— entre pérdida y perturbación de órgano o miembro, entre incapacidad y perturbación, y para ratificar, además, la noción de órgano en relación con la función, opuesta a la que el demandante defiende en este recurso.

### e) Estudio del recurso

No obstante que el recurrente ha presentado idénticas razones para fundar cada una de las causales invocadas, primera y segunda, y de que tales razones sólo son alegables para la última, la Corte las estudia separadamente.

### a) Causal primera

Esta causal prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, sea porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el mandato del artículo 36.

El demandante, en este proceso, supone —equivocadamente— que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal, porque, con base en los reconocimientos médico-legales que dedujeron la perturbación funcional permanente, se aplicó el artículo 374 en vez del 372, razonamiento propio de la causal segunda, por cuanto lo que objeta, en el fondo, es la apreciación de la prueba pericial.

Habría podido alegarse dicha violación, en este caso, si habiendo los peritos reconocido, como única consecuencia de la lesión, la incapacidad o la enfermedad, que sanciona el artículo 372, el Tribunal hubiera impuesto equivocadamente la pena del artículo 374.

La causal primera no prospera, pues, porque fue fundada en razones propias de otra causal (la segunda).

### b) Causal segunda

La apreciación errada de la prueba pericial —cuyo resultado fue el reconocimiento de una perturbación funcional inexistente— se funda en lo siguiente: en que, por no haberse practicado los reconocimientos, en la forma y tiempo prescritos (artículo 380), los peritos no pudieron haber se-

guido el proceso de las lesiones; en que la contradicción entre el primer reconocimiento, que localiza la lesión en la mano izquierda, y el último, según el cual fue la derecha la mano lesionada, no permite imputar a Castro las consecuencias determinadas en el último, y, finalmente, en que el Tribunal tomó la anquilosis del carpo como perturbación funcional del miembro superior (derecho o izquierdo), y no como incapacidad, lo que indujo a la aplicación de una pena que no corresponde al delito.

Siendo dirigidas estas objeciones a la desvalorización de los reconocimientos, base de la prueba del delito, importa examinarlas determinadamente.

La ley determina el objeto de los reconocimientos (artículo 308), sus condiciones de forma (308 y 311), su valor probatorio (268) y los sistemas de aclaración e impugnación (266 y 267); si no se cumplieron algunas condiciones, como la periodicidad, o hubo alguna contradicción relativa a si fue el lado izquierdo o el derecho el de la región afectada, son ellas irregularidades que no influyen en la apreciación de los dictámenes, si éstos precisan claramente la naturaleza, extensión y gravedad de las lesiones y consecuencias (permanentes o transitorias), y si no fueron tales dictámenes objetados oportunamente, o si lo fueron, las objeciones se declararon infundadas; precisadas, pues, que fueron las lesiones y sus consecuencias, y aclarada la duda sobre cuál fuera la mano lesionada, esta primera objeción queda desvirtuada.

La tesis de que, cuando la perturbación funcional solo abarca una parte de órgano o miembro, no todo, sólo hay incapacidad, de conformidad con la ley (artículo 374), no es jurídicamente exacta; proviene ella del concepto equivocado, de que sólo hay perturbación funcional cuando afecta la totalidad de un órgano o miembro, según su clasificación genérica (miembro superior, miembro in-

ferior, órgano de la respiración, de la locomoción, de la nutrición), y no cuando afecta un sector o parte de órganos o miembros (aprehensión, mastitación, deglución, manos, brazos, etc.), llegando así a la conclusión de que la disminución de la función acusada por una lesión (cuando no pueda equipararse a incapacidad o enfermedad), no es penalmente sancionable como perturbación, lo que es igualmente equivocado.

La ley penal, por eso, frente a la hipótesis de la mayor o menor extensión o gravedad de las perturbaciones funcionales, estableció una escala de penalidad dentro de la cual el juzgador pueda actuar, de modo que si abarcaren, en su totalidad, un órgano o miembro, se acercará al máximo de la pena, y al mínimo si una parte o sector de ese órgano o miembro.

Es inaceptable, por lo tanto, la tesis de que la perturbación funcional se equipara a la incapacidad cuando no afecta la totalidad de un órgano o miembro.

#### f) Decisión del recurso

No habiendo sido pertinente la causal primera, ni fundada la segunda, la sentencia recurrida debe confirmarse.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NÓ INVALIDA** la sentencia del Tribunal de Pereira, por la cual condenó a Manuel Antonio Castro, a la pena de un año de presidio, por el delito de lesiones en Luis Angel Ledesma, cometido el doce de noviembre de 1944 en el poblado de Viterbo, Municipio de Apía (Caldas).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.



GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. — DIFERENCIA ENTRE LA CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA, DEL ARTICULO 28 DEL C. P. Y LA DE MENOR PELIGROSIDAD, DEL ARTICULO 38 DEL MISMO CODIGO

1.—La mala interpretación y errónea aplicación de la ley penal, la errónea interpretación del veredicto y el desconocimiento de éste, como claramente se destaca, no juegan independientemente en esta controversia; son ellas denominaciones de un mismo hecho, el objetado, es decir, el de que el Tribunal no dictó su sentencia de acuerdo, sino opuestamente, con el pensamiento del jurado, que fue —según el recurrente— el de dar al irrespeto a la esposa del procesado el contenido de provocación grave e injusta.

La Corte, en el estudio de este recurso, como en el de muchos otros en que se hizo análoga objeción, ha reafirmado invariablemente estas tesis: primera, la de que así como al Juez corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias de peligrosidad, al jurado competen las de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad; segunda, que la provocación, establecida por el artículo 28, requiere el reconocimiento de parte del jurado, de sus condiciones esenciales, de la injusticia y de la gravedad; y tercera, que si el jurado reconoce los estados causados por la provocación, pero omite ambas o una de aquellas condiciones, especialmente la gravedad, surge la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 con exclusión de la modificadora del artículo 28.

2.—Si el jurado reconoció un estado de intenso dolor provocado por los irrespetos (juegos con la esposa según el proceso), le estaba vedado al Tribunal (por mandato del artículo 480) modificar el veredicto dándole a tal motivo el contenido de gravedad e injusticia que el mismo jurado, a pesar de la sugerencia del Fiscal, se negó a incorporar en su respuesta al cuestionario.

3.—La provocación —según la ley y la doctrina— tiene dos grados: o es simultánea y conjuntamente injusta y grave, de tales y tan extremas y agudas injusticia y gravedad, que el estado emocional o pasional que

crea y enciende, estructura la circunstancia del artículo 28, o es (la provocación) injusta, sin tener aquella gravedad, capaz de crear los mismos estados, pero constituye la del artículo 38; si el jurado, por lo tanto, omitió toda referencia a la gravedad e injusticia de la provocación, la atribución del Juez estaba subordinada a esa limitación, sin que le fuera dado —so pena de incurrir en la causal tercera de casación— subsanar tal omisión.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de Pedro Antonio Pérez interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del diez de octubre de mil novecientos cuarenta y siete por la cual —con aplicación de los artículos 33 y 362 del Código Penal— le impuso la pena de nueve años de presidio por los delitos de homicidio en Antonio José Agudelo y lesiones en Rafael Ríos, cometidos la tarde del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio "La Española", del Municipio de Nariño.

Cumplidas las formalidades propias del recurso, la Corte lo decide en el presente fallo, con vista en las tesis defendidas por el Procurador y el recurrente, y previo resumen de los actos y providencias que tienen relación con los temas debatidos.

a) El proceso

Como fundamento del proceso, la Corte presenta el siguiente resumen hecho por el Tribunal:

"El veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres se hizo un convite en casa del señor Pedro López, con el fin de colocar un puente sobre el río "Samaná". Allí estuvieron entre

ros, Pedro A. Pérez, Antonio J. Agudelo y Rael Ríos. Tranquilamente transcurrió la fiesta y como a las cuatro de la tarde aproximadamente, se retiraron a sus casas. Antes de llegar a ellas, Ríos se detuvo para esperar uno de sus compañeros, pero con tan mala suerte que el procesado Pérez, estimulado quizá por la chicha ingerida, se las dio de guapetón y atacó armado de machete y cuchillo a Ríos, lográndolo herirlo en una mano, a pesar de los lances esquivos que éste ejecutaba para impedir que lo consiguiera. Antonio J. Agudelo intervinó pacíficamente para evitar que Pérez continuara agrediendo a su amigo, pero en lugar de ser atendido, provocó la arremetida del sindicado quien logró herirlo con tanta gravedad que el deseo de Agudelo sobrevino pocos días después. Estos hechos se cumplieron en jurisdicción del Municipio de Nariño y en el paraje que se cita en las cuestiones sometidas al estudio del jurado”.

El Alcalde Municipal de Nariño, en virtud de informaciones que se le dieron, inició el proceso por los delitos imputados a Pérez, y en el cual se realizaron las decisiones que en seguida se resumen:

a) Auto de proceder, dictado por el Juez 4º Superior de Medellín el 22 de junio de 1944, en el cual se descartan, como motivos del delito, la provocación grave e injusta, sea mediante agresión de Agudelo y Ríos, sea mediante ofensas de éste a la esposa de Pérez;

b) Veredicto del jurado, según el cual el homicidio en Agudelo y las lesiones en Ríos los calificó como ejecutados “bajo la influencia de intenso dolor provocado por irrespetos a su esposa”;

c) Sentencia de primer grado, del 13 de marzo de 1944, con aplicación de los artículos 28, 33 y 362 del Código Penal, se impuso a Pérez la pena de tres años y dos meses de presidio;

d) Sentencia de segundo grado, del 10 de octubre del mismo año, por la cual —con exclusión del artículo 28— se aumentó la pena a nueve años de presidio, y

e) Autos del Tribunal y de la Corte, del 20 de noviembre de 1946 (sic) y del 24 de febrero del año pasado, respectivamente, por los cuales se admitió y concedió el recurso.

#### b) La demanda

De las tres causales —primera, segunda y tercera— que invoca el recurrente, se descarta la segunda por cuanto —según la doctrina ya considera-

da invariable— ella no es aplicable en aquellos procesos de competencia de los Jueces Superiores en que ha intervenido el jurado; se transcribe y resume, por lo tanto, la parte de la demanda relativa a las otras causales:

“Los hechos materia del recurso —dice al sustentar la primera— pueden sintetizarse diciendo que el H. Tribunal ha interpretado y aplicado mal la ley sustantiva, por cuanto ha considerado que, al decir, los jueces de conciencia, que el acusado sí es responsable, pero “bajo la influencia de intenso dolor provocado por irrespetos a su esposa”, no lo colocaron en el caso del artículo 28 del C. P. sino en el caso del Ordinal 3º del artículo 28 de la misma obra”.

Partiendo de la variabilidad del concepto de gravedad —especialmente referido al irrespeto a la esposa— concepto que cambia según las costumbres, el ambiente, la educación, el temperamento, el país y otros factores personales y sociales, y partiendo también de que el Tribunal desconoció la gravedad de la provocación consistente en el irrespeto a la esposa, el recurrente dice: “Estamos, pues, en el caso de los numerales 1º y 2º del artículo 567 del C. P. P., por cuanto el H. Tribunal ha aplicado erróneamente la ley penal, por errónea interpretación del veredicto y por exigir que se diga la palabra “grave” para entender que la provocación ha sido grave; si se admite esa tesis —añade— tendríamos que un veredicto que diga “sí es responsable, pero bajo la influencia de intenso dolor provocado por el asesinato de su esposa”, no sería aplicación del artículo 28 citado, por no haber reproducido las palabras precisas del artículo”.

“Por las razones anotadas —concluye— pido que sea casada la sentencia del H. Tribunal, y a ello puede agregarse la causal prevista por el numeral 3º del citado artículo 567, ya que la sentencia desconoce el veredicto del jurado, por interpretarlo en forma caprichosa, al decir que no consideró grave la ofensa; al contrario, muy claro quedó establecido que irrespetaron a la esposa de Pérez, y toda persona sabe que irrespetar a la esposa es muy grave; aunque se trate de campesinos.

“En aplicación del artículo 570 del C. P. P. —añade— solicito que se invalide el fallo dictado por el H. Tribunal, y se dicte el que debe reemplazarlo, en consonancia con lo que dijeron los señores del jurado, es decir, que se trató de una provocación grave, ya que como tal hay que señalar la causada con los irrespetos a la señora de Pérez.

### c) Concepto del Procurador

No acepta el Procurador Delegado las objeciones del recurrente, y funda su concepto, no solo en lo que —conforme al proceso— consistió el irrespeto a la esposa de Pérez, y en la doctrina de la Corte relativa a la aplicación del artículo 28, sino también en la única interpretación que el Tribunal podía dar al veredicto, es decir, la de delito cometido en las circunstancias del artículo 38 (3º).

Comentando la afirmación de Pérez en la audiencia y el testimonio de Tabares, sobre el juego entre Ríos y Agudelo de una parte, y la esposa de Pérez de la otra, que el jurado calificó como irrespeto provocador de intenso dolor, dice el Procurador:

“Así sucedidas las cosas, es comprensible que el jurado no hablara de grave e injusta provocación en su veredicto, sino que apenas reconociera el estado de dolor moral que los juegos o “irrespetos” que Agudelo y Ríos tuvieron con la esposa de Pérez, causaron en la psiquis de éstos. Pues en realidad esa actitud de las víctimas no alcanza a constituir una ofensa de tal magnitud, por su gravedad e injusticia, que obligara a Pérez a reaccionar, no en el acto mismo, sino momentos después contra Ríos y Agudelo. Tal antecedente solo explica el móvil y el estado de celos que prendió en el alma del acusado, situación esa que sirve para descartar un ánimo preconcebido y frío de su parte y para situar los delitos por él cometidos en el evento de simplemente intencionales, sin premeditación alguna, pero no en la hipótesis que plantea el recurrente.

“Porque adviértase —continúa— que ni el procesado ni testigo alguno hablan de que Agudelo y Ríos faltaran al respeto a la esposa de Pérez con actitudes que atentaran contra su honestidad, como tocamientos impúdicos, caricias, etc., capaces, estos sí, de constituir una ofensa de destacada entidad para el marido allí presente.

“El término “irrespetos” que empleó el jurado es de suyo muy genérico y vago, pues comprende desde la simple falta de consideración, acatamiento, cortesía y atención para una persona, hasta el ultraje más grave e hiriente para la misma. Por consiguiente, para tomarlo con el alcance que requiere la ley penal, es necesario que ese vocablo se especifique, asignándole el atributo de grave e injusto, lo cual se echa de menos en el veredicto dado en esta causa.

“Y como el Juez de Derecho —añade— no puede suplantarse el pensamiento del jurado, ni agregar lo que éste, voluntaria o involuntariamente, calló,

es preciso concluir que en el presente caso la respuesta del Tribunal popular es trunca o deficiente para admitir la excusa de la provocación.

“Por consiguiente —remata su estudio sobre aplicación del artículo 28— para poder aceptar una circunstancia modificadora de la responsabilidad, como la del artículo 28 del Código Penal, es menester que el jurado consigne en su respuesta, si bien no con palabras técnicas, todos los hechos o las expresiones fundamentales que caracterizan aquella circunstancia específica”.

“No estando, pues, —termina— la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte, que no la case”.

### d) Estudio del recurso

Siendo, precisamente, la interpretación que al veredicto dio el Tribunal, la tacha que a la sentencia hace el recurrente, a ella debe concretarse el examen.

Pérez —de conformidad con la calificación del jurado— cometió los delitos de lesiones y homicidio que le fueron imputados (se transcribe y subraya) bajo la influencia de intenso dolor provocado por irrespetos a su esposa.

El Tribunal interpretó este veredicto como la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 (numeral 3º) y no como la circunstancia modificadora del artículo 28 de lo cual saca el recurrente —con referencia a las causales invocadas— las siguientes deducciones:

a) Mala interpretación y errónea aplicación de la ley penal por haber aplicado el artículo 38 (numeral 3º) y no el artículo 28;

b) Errónea interpretación del veredicto, por haberseles negado a los irrespetos causados un valor probatorio que sí tienen, y

c) Desacuerdo de la sentencia con el veredicto, en cuanto en aquélla se desconoce a éste, al no haber considerado el Tribunal la gravedad de la ofensa (irrespeto a la esposa).

La mala interpretación y errónea aplicación de la ley penal, la errónea interpretación del veredicto y el desconocimiento de éste, como claramente se destaca, no juegan independientemente en esta controversia; son ellas denominaciones de un mismo hecho: el objetado, es decir, el de que el Tribunal no dictó su sentencia de acuerdo, sino opuestamente con el pensamiento del jurado, que fue —según el recurrente— el de dar al irrespeto a la esposa del procesado el contenido de provocación grave e injusta.

La Corte, en el estudio de este recurso y como en el de muchos otros en que se hizo análoga objeción, ha reafirmado invariablemente estas tesis: primera, la de que así como al Juez corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias de eligrosidad, al jurado competen las de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad; segunda, que la provocación, establecida por el artículo 28, requiere el reconocimiento de parte del jurado, de sus condiciones esenciales de la injusticia y de la gravedad; y tercera, que si el jurado reconoce los estados causados por la provocación, pero omite ambas o una de aquellas condiciones, especialmente la gravedad, surge la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 con exclusión de la modificadora del artículo 28.

El Jurado, en este proceso, calificó correctamente los delitos imputados a Pérez; como el Procurador lo anota, ni el procesado, en sus indagatorias, ni su esposa, ni los testigos (excepto Jesús Tabares) hicieron al principio referencia a irrespeto alguno a aquella; fue tesis de Pérez esbozada en la audiencia, quien —exagerando de propósito la referencia de Tabares sobre que Agudelo (el occiso) “se puso a jugar con ella como con confianza”; y respondiendo a preguntas de los jurados, no sin afirmar el estado de embriaguez en que se hallaba, dijo Pérez haber visto que ellos (Agudelo, Ríos y Ospina) querían coger a su mujer, lo que —afirma— le dio rabia, y lo obligó a decirles que respetaran; si el jurado, por lo tanto, reconoció un estado de intenso dolor provocado por los irrespetos (juegos con la esposa según el proceso), le estaba vedado al Tribunal (por mandato del artículo 480) modificar el veredicto dándole a tal motivo el contenido de gravedad e injusticia que el mismo jurado, a pesar de la sugerencia del Fiscal, se negó a incorporar en su respuesta al cuestionario.

La provocación —según la ley y la doctrina— tiene dos grados: o es simultánea y conjuntamente

injusta y grave, de tales y tan extremas y agudas injusticia y gravedad, que el estado emocional o pasional que cree y enciende, estructure la circunstancia del artículo 28, o es (la provocación) injusta, sin tener aquella gravedad, capaz de crear los mismos estados, pero constituye la del artículo 38; si el jurado, por lo tanto, omitió toda referencia a la gravedad e injusticia de la provocación, la atribución del Juez estaba subordinada a esa limitación, sin que le fuera dado —so pena de incurrir en la causal tercera de casación— subsanar tal omisión.

#### e) Fallo de la Corte

Habiendo, pues, el Tribunal interpretado rectamente el veredicto del jurado, al no reconocer la gravedad e injusticia de la provocación y no hacer, por lo tanto, la reducción del artículo 28, la sentencia debe sostenerse.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del diez de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual —con base en los artículos 33, 38 (3º) y 362 del estatuto penal— condenó a Pedro Antonio Pérez, a nueve años de presidio por el homicidio en Antonio José Agudelo y las lesiones en Rafael Ríos, cometidos la tarde del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sitio “La Española”, Municipio de Nariño.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase:

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Eoa, Secretario.

## NULIDADES. — CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO. — GRADUACION DE LA SANCION. — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

1.—Es bien sabido que las nulidades son de interpretación restrictiva, o lo que es lo mismo, ellas están taxativamente señaladas por el legislador, sin que sea dada al Juez la facultad de aplicarlas por extensión o analogía.

2.—Es doctrina constante de la Corte que en los procesos en que interviene el jurado, es extraño al recurso de casación el estudio de la contraevidencia del veredicto, ya que de ser de otra manera se desvirtuaría el juicio penal en que intervienen los jueces de conciencia, vulnerando las atribuciones que son propias de ese juicio.

3.—En cuanto a las circunstancias de peligrosidad, aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena en el supuesto de que faltase la demostración de la inferioridad de los ofendidos, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible a los reos. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena, en virtud del arbitrio que otorga a los Jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción.

4.—Vale la pena recordar, una vez más, que en repetidas ocasiones la Corte ha considerado que en casación los recurrentes no pueden contentarse con enunciar sus tesis, sino que tienen el deber de demostrarlas, porque la Sala no puede tomar el lugar de aquéllos para suplir las deficiencias o vacíos que contenga la demanda en que se fundamenta el recurso. No es la casación una tercera instancia y, por lo mismo, la Corte no puede proceder oficiosamente a revisar el proceso. La demanda debe ajustarse en su forma y en su contenido a lo que el estatuto civil establece en su artículo 531 del Código de Procedimiento Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, condenó, entre otros, a Jorge Medina Sarmiento y Juan de Jesús Sarmiento, como responsables: el primero, de doble homicidio en Pablo Antonio y Florentino Ruiz y, el último, como cómplice necesario en el homicidio perpetrado en Pablo Antonio Ruiz, a las penas principales de quince años de presidio y de ocho años y medio de la misma sanción, respectivamente.

Contra esta sentencia interpusieron oportunamente el recurso de casación los procesados Jorge Medina Sarmiento y Juan de Jesús Sarmiento, quienes, por medio de apoderado nombrado al efecto, formularon la correspondiente demanda, en la cual se invocan como causales de casación, la primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El expediente original del proceso desapareció en el incendio del edificio de la Procuraduría General de la Nación, acaecido el nueve de abril pasado y, por tal causa, la Corte debe resolver sobre la copia del fallo de segunda instancia materia del recurso, cuyo contenido es suficiente para desatar la casación, de acuerdo con los artículos 162 y 251 del Código Procesal Penal, 632 del Código Judicial y 8º, 15 y 18 del decreto-ley número 1897, de 4 de junio del presente año.

### Hechos y actuación judicial

Según el relato que se hace en la sentencia de segunda instancia, Pablo Antonio Ruiz y su hijo Florentino Ruiz, eran arrendatarios o aparceros en la finca rural denominada "El Chivón", comprensión municipal de Málaga. En el año de mil novecientos cuarenta y cuatro, Florentino tuvo que abandonar sus labores agrícolas para prestar su

servicio militar obligatorio, trasladándose a la ciudad de Pamplona en donde ingresó al cuartel. Mientras esto sucedía, llegó a la finca "El Chivón" Jenaro Sierra Jaimes y solicitó al administrador de aquella unas parcelas para trabajar, consiguiendo lo cual, se le advirtió por el mismo administrador, que no podía ocupar la parcela en que trabajaba Florentino Ruiz. Sierra Jaimes procedió a hacer sus cultivos, de acuerdo con las parcelas que le adjudicara el administrador Luis Ernesto García Fernández, y en ellas continuó sus trabajos hasta mil novecientos cuarenta y cinco, cuando Florentino Ruiz regresó del cuartel a la hacienda.

El administrador de "El Chivón", ordenó entonces a Florentino Ruiz que trabajara una orilla de terreno que le señaló, ya que Jenaro Sierra Jaimes no la había arado, determinación ésta que puso en conocimiento del mismo Sierra, sin que éste manifestara objeción alguna. Sin embargo, al día siguiente, Jenaro Sierra pidió al administrador le proporcionara bueyes para arar, precisamente la parcela que había sido adjudicada a Florentino Ruiz, y como obtuviera respuesta negativa, se disgustó y esto dio lugar a que el Alcalde de Málaga tuviera que intervenir para dirimir la controversia que entonces se suscitó entre el administrador, señor García Fernández y Sierra Jaimes. Por razón de estas diferencias entre el citado administrador de la hacienda y Jenaro Sierra, se formaron dos grupos entre los trabajadores de la misma: unos, que secundaban a Sierra y, otros, que estaban al lado del administrador. Entre los primeros se encontraban Jorge Medina y Juan de Jesús Sarmiento.

El día quince de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, Juan Sarmiento se presentó ante el administrador, señor Luis Ernesto Fernández, a eso de las siete de la mañana, y le dijo que ahí se encontraba Sierra Jaimes para que arreglaran sus diferencias en cualquier forma, y en ese momento se hizo presente Jenaro y con altanería manifestó al administrador que tenía que hacer un arreglo y entregarle lo de su trabajo, pues de lo contrario García Fernández tendría que "beberse la sangre de él (de Jenaro)", que no transaba en ninguna forma; a lo cual García Fernández le contestó, que entonces fuera a Málaga para que la autoridad le arreglara el asunto, propuesta ésta que Jenaro rechazó en forma soez, interviniendo entonces Pablo Antonio Ruiz, para llamarle la atención a Jenaro a fin de que respetara a Luis Ernesto García, quien estaba en su casa, por lo cual Sierra Jaimes ultrajó también a Pablo Antonio, quien puso de

testigos de tales ultrajes a Juan Sarmiento, Jorge Medina, Rito Ayala, Antonio Ortiz y Juan Lizarazo, a la vez que se dirigió al sitio en que se encontraba Jenaro; pero Juan de Jesús Sarmiento le salió al paso y agarrándolo por la espalda 'lo prensó por los brazos', lo que aprovechó Jenaro para desenfundar su revólver y disparar sobre Luis Ernesto García Fernández, quien viéndose así atacado logró entrarse a sus habitaciones y huir por una ventana. Ante la fuga de García, Jenaro se dirigió a Pablo Antonio Ruiz y sobre él disparó su revólver, por repetidas ocasiones, habiendo acudido también Jorge Medina, quien propinó varias cuchilladas a Pablo Antonio, acabando así con la vida de este hombre, que se encontraba indefenso.

Florentino Ruiz, hijo de Pablo Antonio, residente también en la misma finca de "El Chivón", al ser informado de la muerte violenta de que había sido víctima su padre, se dirigió al lugar de la tragedia y al encontrar el cadáver de su progenitor, señaló como autores del hecho a Juan de Jesús Sarmiento y Jorge Medina. Entonces éste al oír la inculpación que se le hacía, se abalanzó sobre Florentino, cuchillo en mano, por lo cual el hijo de la víctima también desenfundó el suyo y salió al encuentro de Medina, trabándose en lucha, pero sin que ninguno pudiera herirse con sus armas. Jenaro Sierra Jaimes, que aquello presenciaba, aprovechó también esta nueva oportunidad y disparó su revólver por la espalda contra el infortunado Florentino quien, ya herido, pretendió huir, sin conseguirlo, pues cayó sangrante al suelo. En esta situación, tocó el turno a Rodrigo Suárez, que también armado de cuchillo, cayó sobre Florentino asestándole varias puñaladas y, por último, Jorge Medina remató la tragedia propinándole al mismo Florentino la última cuchillada. Así terminó la vida, como su padre, Florentino Ruiz.

De acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, se propusieron al jurado de conciencia los cuestionarios correspondientes, que fueron contestados afirmativamente, sin agregar ninguna circunstancia modificadora de la responsabilidad. Es decir, que los homicidios de que se trata quedaron calificados como simplemente voluntarios y, de consiguiente, el veredicto del Jurado, en lo que se refiere a los reos Jorge Medina y Juan de Jesús Sarmiento, proponentes del recurso de casación, fue el siguiente, que se transcribe tal como aparece en la sentencia de segunda instancia, sobre cuya copia se resuelve el recurso: •

"1º—Declarar a Jorge Medina Sarmiento responsable de haber ocasionado la muerte a Pablo

Antonio Ruiz, por medio de heridas causadas con arma cortante y punzante; 2º—Declarar al mismo procesado “responsable de haber tomado parte” en la muerte de Florentino Ruiz, por medio de heridas de arma cortante y punzante; 3º—Declarar a Juan de Jesús Sarmiento responsable de la muerte de Pablo Antonio Ruiz, por haber prestado un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho”.

En desarrollo del veredicto del Jurado, el Juez Primero Superior de Bucaramanga, en sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Jorge Medina Sarmiento, como autor responsable de los delitos de homicidio en las personas de Pablo Antonio Ruiz y Florentino Ruiz, a la pena principal de quince años de presidio, y a Juan de Jesús Sarmiento, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Pablo Antonio Ruiz, a la pena principal de ocho años y seis meses de la misma clase de pena, sentencia ésta que fue confirmada en todas sus partes por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el fallo que es materia de la casación.

#### Causales de casación

Siguiendo el orden lógico optado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, para emitir su concepto sobre la demanda del recurso instaurado, las causales alegadas por el recurrente, se enuncian así:

#### Causal cuarta.—Nulidad del juicio

Dice el demandante:

“En este caso hay que tomar la actuación de Juan de Jesús Sarmiento como cooperador, pero jamás como autor, porque él no previó que en ese acto de impedir que un hombre ataque a otro se colocara en la condición de autor, pues en ese caso él, Sarmiento, lo hubiera atacado directamente si en su ánimo hubiera existido una acción dolosa.

“Por este aspecto considero que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por cuanto la sentencia omitió tener en cuenta la cooperación”.

#### Causal segunda.

#### Errada interpretación o apreciación de los hechos

La demanda sostiene que el Tribunal apreció erróneamente los hechos, porque entre los protagonistas hubo riña, como lo demuestran las pruebas

que aparecen en el proceso, y que tal modalidad del delito no fue incluida en los cuestionarios sometidos a la decisión del jurado; por lo cual el fallo debe invalidarse, “pues se funda en un veredicto del jurado contrario a la evidencia procesal”.

**Causal primera.**—Mala aplicación de la ley penal.

La demanda, se expresa así:

“El Tribunal, en vez de aplicar el artículo 384 del estatuto penal, aplicó el 362 de la misma obra; en vez del 20 aplicó el 19 y en la aplicación del artículo 33 del estatuto penal se excedió porque dedujo dos agravantes, la futilidad y la inferioridad de los ofendidos, que no existen”.

#### Concepto del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, ha contestado la demanda de casación impugnando cada una de las causales alegadas, en la forma antes relacionada, así:

**Causal cuarta.**—Nulidad del juicio: “El Tribunal —dice el Procurador— condenó a Juan de Jesús Sarmiento como cómplice en el homicidio de Pablo Antonio Ruiz, porque así quedó definida su responsabilidad en el auto de proceder y en el veredicto del jurado.

“De suerte que esta actuación del demandante se refiere únicamente a la norma penal aplicable al caso, punto éste que es materia de la causal primera de casación, en armonía con la tercera, cuando se trata de procesos en que interviene el jurado, como ocurre aquí.

“En esa forma, la causal cuarta, atinente a nulidad del juicio, nada tiene que ver con la situación planteada, puesto que no se alega una pretermisión de garantías que mermaran el derecho de defensa del acusado Sarmiento. A éste se le condenó con el cumplimiento pleno de las ritualidades propias del negocio.

“Tanto es así, que el demandante no ha citado en su escrito las disposiciones procedimentales que fueran violadas por el Tribunal, ni la causal precisa de nulidad que pueda afectar el juicio”.

**Segunda Causal.**—Errada interpretación de los hechos: “En primer lugar, se anota que el no incluir en el cuestionario circunstancias modificadoras de la responsabilidad y de la sanción reconocidas en el auto de proceder o comprobadas en el término probatorio del juicio, sería una omisión

constitutiva de nulidad constitucional, al tenor del artículo 26 de la Carta, por pretermitir formalidades sustanciales inherentes a los procesos en que actúan los jueces de conciencia. Así lo ha resuelto la H. Corte, especialmente en la casación de Agustín Barrera Niño, por homicidio.

“Por tanto, ese tema sería propio de la causal cuarta de casación, y no de la segunda, como lo pretende el señor apoderado.

“En segundo lugar, la tesis planteada por éste sobre veredicto contrario a la evidencia de los hechos, resulta extraña al recurso extraordinario de casación, por el sencillo motivo de que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal excluyó ese tópico como causal de dicho recurso. La declaración de veredicto contraevidente sólo pueden hacerla los juzgadores de instancia, de acuerdo con los artículos 537 y 554 del mismo Código”.

**Primera causal.—Mala aplicación de la ley penal.** Sobre esta causal, dice el colaborador:

“Esta es quizá la parte más débil de la demanda.

“Por tres aspectos se acusa la sentencia. Los dos primeros cargos los dejó el recurrente sin demostración alguna, como si se tratara de un alegato de instancia.

“Y en cuanto al tercero, simplemente afirma que la futilidad del móvil y las condiciones de inferioridad de las víctimas son inaceptables, por cuanto Jorge Medina actuó en defensa de su hermano Juan Sarmiento, y porque “los contendores estaban todos armados de cuchillos y armas de fuego y se batieron en combate singular en el patio de la casa.

“En estas condiciones, la causal primera invocada no da base para un estudio de fondo en casación.

“Es de la esencia de este recurso extraordinario que las tesis suscitadas por el demandante vayan seguidas de una rigurosa demostración jurídica, para hacerle ver a la H. Corte que las apreciaciones hechas por el Tribunal en éste o en aquél sentido, son contrarias a una determinada norma legal. En casación, lo que no se sustenta adecuadamente, es como si no existiera”.

Se considera:

#### Causal cuarta

Funda la demanda de casación la nulidad del proceso, al invocar la causal de que se trata, en que ésta dimana de que la actuación de Juan de Jesús Sarmiento fue considerada por el Tribunal en la sentencia como cómplice necesario en la

muerte de Pablo Antonio Ruiz, siendo así, según el recurrente, que Sarmiento cuando más podría tener dentro de las circunstancias en que actuó, la de cooperador, pero no la de autor, como la sentencia lo consideró para efectos de la aplicación de la ley penal y tal como fue definida su responsabilidad penal, tanto en el auto de proceder como en el veredicto del jurado.

No se ve razón alguna para que se haga surgir nulidad, como lo pretende el recurso, con fundamento en los hechos que se alegan. Es bien sabido que las nulidades son de interpretación restrictiva, o lo que es lo mismo ellas están taxativamente señaladas por el legislador, sin que sea dada al Juez la facultad de aplicarlas por extensión o analogía. El hecho que alega el recurso, aún de ser cierto, no implicaría que el proceso contiene acto alguno que signifique una informalidad de tal índole que alcance a producir nulidad en la actuación.

Por lo demás, tal como ha sido formulada esta tacha contra la sentencia en el recurso, parece que se quiera hacerla incidir sobre la norma penal aplicable al caso, ya que de prosperar cambiaría la penalidad impuesta por la que surge de la simple cooperación accesorio, en lugar de la principal, que tuvo en cuenta la sentencia, según el veredicto y el auto de proceder, para condenar al reo Juan de Jesús Sarmiento por la muerte de Pablo Antonio Ruiz. Así las cosas, sería más bien materia de la causal primera, el hecho alegado. Al referirse la Sala a esta causal, que también fue propuesta, se dirán las razones por qué no es ella viable en el presente caso.

Hubiérase pretermitido alguna garantía que hiciera nugatorios los derechos de la defensa o mermaran sus facultades, y entonces sí podría surgir la causal cuarta que se estudia. Mas de la sentencia del Tribunal de Bucaramanga aparece plenamente que los reos gozaron de todos los medios que la ley otorga para que sus intereses fueran protegidos y gozaran de la plenitud de las formalidades que le son propias en el juicio penal.

Luego también por este aspecto, es imposible que prospere la causal que se comenta.

#### Causal segunda

Fundamenta la demanda la alegación sobre esta causal en el hecho de que por no haber sido incluida en los cuestionarios formulados a los jurados la circunstancia modificadora de responsabilidad que dimana de la riña, la sentencia interpretó o apreció erradamente los hechos del proceso.

De ser cierta esta apreciación, como lo anota el Ministerio Público, "por pretermitir formalidades sustanciales inherentes a los procesos en que actúan los jueces de conciencia", tal omisión podría constituir una nulidad de las que la Corte ha dado en llamar sustantivas, por cuanto que comprende una violación de los fueros constitucionales, de conformidad con el artículo 26 de la Carta. Así las cosas, la causal alegada incidiría en la cuarta y no en la segunda, como lo pretende la demanda.

No es menester una muy explícita motivación en este punto, porque es doctrina constante de la Corte que en los procesos en que interviene el jurado, es extraño al recurso de casación el estudio de la contraevidencia del veredicto, ya que de ser de otra manera se desvirtuaría el juicio penal en que intervienen los jueces de conciencia, vulnerando las atribuciones que son propias de ese juicio.

#### Causal primera

Funda el recurrente esta causal en los hechos mismos que han sido objeto de discriminación al estudiar las causales cuarta y segunda, por cuanto que, según la demanda, se hace consistir su existencia en que la sentencia del Tribunal en vez de aplicar el artículo 384 del Código aplicó el 362 de la misma obra; en vez de aplicar el 20, aplicó el 19, y se excedió en la aplicación del artículo 33 (sic) porque dedujo dos agravantes: la futilidad y la inferioridad de los ofendidos, que no existe.

Sobre este punto la demanda, aparte de la afirmación sustancial que antes se ha hecho, no produce argumentación alguna tendiente a demostrar lo que alega. Esto de un lado; de otro, fundada la sentencia en el veredicto, no se ve cómo hubiera podido el Tribunal de instancia cambiar las normas aplicables al hecho o aplicar indebidamente la ley penal. Por eso, esta Sala ha sostenido que "la sentencia con la cual el Juez de derecho concluye el proceso, no puede ser otra cosa que la traducción fiel del veredicto, sometiénolo 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 solo puede moverse dentro de esos precisos límites".

Ahora, en cuanto a las circunstancias de peligrosidad, aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena, en el supuesto de que faltase la demostración de la inferioridad de los ofendidos, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible a los reos. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena, en virtud del arbitrio que otorga a los Jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción. La impuesta en la sentencia que se estudia tiene por ello respaldo y no da margen a que se la tenga como violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Vale la pena recordar, una vez más, que en repetidas ocasiones la Corte ha considerado que en casación los recurrentes no pueden contentarse con enunciar sus tesis, sino que tienen el deber de demostrarlas, porque la Sala no puede tomar el lugar de aquéllos para suplir las deficiencias o vacíos que contenga la demanda en que se fundamenta el recurso. No es la casación una tercera instancia y, por lo mismo, la Corte no puede proceder oficiosamente a revisar el proceso. La demanda debe ajustarse en su forma y en su contenido a lo que el estatuto civil establece en su artículo 531 del Código de Procedimiento Civil.

Por las razones expuestas, la Corte —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por medio de la cual se condena a Jorge Medina Sarmiento y Juan de Jesús Sarmiento a las penas principales de quince años de presidio y de ocho años y seis meses de la misma sanción, respectivamente, como responsables del delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## ABUSO DE AUTORIDAD. — QUE SE REQUIERE PARA QUE EL ERROR EN LA INTERPRETACION O EN LA APLICACION DE LA LEY CONFIGURE ESTE DELITO

1.—Todo delito tiene una estructuración jurídica que dimana de los intereses que tiende a proteger la ley para que no sean conculcados o violados. Si, pues, uno de esos elementos no surge del proceso, como es el caso de autos, resulta imposible que aparezca la responsabilidad contra los que fueron denunciados penalmente como autores de esa infracción.

2.—Si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal.

3.—La Corte en providencia que corre publicada en el Tomo LIX, Nos. 2025-2027 bis, pág. 998, de la GACETA JUDICIAL, dijo: “En cuanto al abuso de autoridad y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario o excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad (artículo 171 del C. P.). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En este sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad.

“Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psi-

quico, esto es, el dolo, que consiste en este evento en la voluntad de ‘cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos’, como dice Manzini. Es verdad que el Código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder ‘a sabiendas’, pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal.

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

“Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son fallibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales”.

Y en providencia de 4 de julio de 1946, dijo entre otras cosas, la Corte: “El error proveniente de una falsa interpretación o mala aplicación de la ley penal, sólo es imputable como delito de abuso de autoridad cuando existe la demostración de que ese error se cometió para omitir, rehusar o retardar la ejecución del acto al que legalmente está obligado. Si el error no es el resultado de una intención dolosa, o bien de una culpa, sino de una equivocada o mala apreciación de la ley, pero de buena fe, no hay lugar a imputarlo como delito, porque falta el elemento psicológico del delito, o sea el propósito de obrar contra derecho”.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

#### Vistos:

La investigación de cuyo mérito se va a decidir, fue iniciada en virtud de denuncia formulada por el señor Abelardo Restrepo Vélez, contra los doctores José Antonio Vásquez Otero, Máximo H. Martínez y Vicente Vernaza Gómez, a la sazón Magistrados en ejercicio de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para averiguar la responsabilidad en que hubieran podido incurrir aquellos funcionarios en los hechos relatados por el denunciante.

#### Hechos

Con fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, el señor Abelardo Restrepo Vélez presentó a la Corte su denuncia, pidiendo que se investigaran los delitos de "prevaricato, abuso de autoridad, falsedad en informes oficiales, delitos contra la libertad de trabajo, detención arbitraria, violación del derecho de la defensa y usurpación de facultades de que la ley no ha investido a dichos Magistrados".

Del informativo levantado al respecto se desprende que Jesús M. Martínez Vanegas, procesado por el delito de lesiones personales, designó como su defensor al señor Restrepo Vélez, abogado aceptado, cuando la causa se ventilaba en la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Esta entidad, en proveído de veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, resolvió negar la personería al defensor designado por Martínez Vanegas, dando como razón el hecho de que el señor Abelardo Restrepo Vélez aparecía inscrito en el libro correspondiente como abogado "con posterioridad al 16 de febrero de 1945, sin tener título profesional". Esta resolución fue firmada por los tres Magistrados integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, doctores José Antonio Vásquez Otero, Máximo H. Martínez y Vicente Vernaza Gómez, o sean los tres funcionarios denunciados por Restrepo Vélez.

Contra la determinación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, el denunciante interpuso los recursos de reposición y apelación, con resultado negativo, pues aquella entidad se negó a oír al peticionario, porque consideró que solo las

partes o sus legítimos representantes podían ejercitar aquellos derechos. Sin embargo, como el señor Fiscal 2º del Tribunal también apelara de aquella providencia, el negocio subió a la Corte donde la apelación no prosperó por cuanto se consideró que el auto recurrido no admitía otro recurso que el de reposición, quedando así vigente la resolución referida, lo que motivó la denuncia criminal del perjudicado, señor Abelardo Restrepo Vélez.

#### Concepto del Procurador

Cumplida la etapa investigativa de los hechos denunciados de que se ha hablado y clausurada ella por auto de diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, se dio traslado al señor Agente del Ministerio Público, para cumplir lo ordenado por el artículo 421 del Código Procesal Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en el concepto que antecede, sobre el particular se expresa así:

"La idoneidad que la Sala Penal del Tribunal de Cali le desconoció al denunciante para litigar como abogado, la respalda éste último con una certificación del Secretario de dicha entidad, expedida el 26 de noviembre de 1947.

"Para llegar a esta negativa, quienes la propiciaron dicen haberse atendido a las prescripciones de la ley 69 de 1945, dictada en desarrollo del artículo 40 de la Constitución Nacional".

Hace en seguida el señor colaborador algunas consideraciones sobre aplicación de la ley 69 antes citada, y concluye así:

"Si la intención del legislador de 1945 hubiera tenido el alcance que, equivocadamente, le ha dado quienes suscribieron el auto de 22 de octubre, entonces la prohibición no ha debido concretarse a las inscripciones hechas ante los Tribunales, sino abarcar también las demás oficinas judiciales y administrativas donde se realice en la actualidad dicho acto.

"Ahora bien: ¿Cabe por este solo hecho, imputar a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Cali los delitos enumerados por el denunciante? Es verdad que el acto injusto contra el señor Restrepo Vélez tuvo realización y como consecuencia se privó a éste y a su defendido Martínez Vanegas, de ejercitar un derecho legítimo.

"Sin duda, estos serían elementos objetivos muy valiosos para deducir en contra de los Magistrados la consiguiente responsabilidad por el abuso de autoridad, que define el artículo 171 del Código Penal.

"Pero el elemento subjetivo de la infracción no parece con la misma claridad, dado que los Jueces, en general, gozan de la libertad conceptual al dictar sus providencias. Y en el caso presente, a través de toda la prueba acumulada en el expediente, no existe demostración alguna que contradiga esa presunción de buena fe.

"La providencia del Tribunal demuestra un esfuerzo tesonero para interpretar las disposiciones legales pertinentes al caso *sub judice*, dando razones que indican de parte de los magistrados un propósito sano de cumplir con los mandatos del legislador, lo cual, desgraciadamente, no obtuvieron, dadas las equivocadas premisas que sentaron y que es preciso atribuir a la falibilidad humana.

"El ejercicio de una correcta aplicación de la ley muestra el buen criterio jurídico del intérprete; pero de esto no se sigue que el desacierto en que caiga otro juzgador sobre el mismo punto, o coloque en una situación de responsabilidad penal. Ese error de su parte, apenas indicará lo poco aventajado que es en la ciencia del derecho. Por eso, el funcionario que honestamente contraría el espíritu de la ley, por falsa interpretación de ella, no comete abuso de autoridad, pues el acto arbitrario requiere dolo, y éste es incompatible con el error".

Termina el señor Procurador Delegado solicitando de la Corte se favorezca a los procesados con un sobreseimiento definitivo por los cargos que les fueron formulados en el denuncia.

Se considera:

La Corte está de acuerdo con las transcritas opiniones de su distinguido colaborador y abunda en idénticos razonamientos, para sustentar que en el caso de autos no existe ninguna de las infracciones que fueron denunciadas por el señor Restrepo Vélez contra los Magistrados en lo Penal del Tribunal Superior de Cali, doctores Vásquez, Martínez y Vernaza.

### Prevaricato y abuso de autoridad

En efecto, para circunscribir el estudio, en primer término, al prevaricato y abuso de autoridad, que podrían ser dentro de las circunstancias del hecho, las que más entidad jurídica ofrecen, es evidente que los elementos constitutivos del delito primeramente mencionado, o sea el prevaricato, no aparecen en forma alguna comprobados en el proceso. Ello porque faltaría en la acción imputada a los Magistrados del Tribunal de Cali, el ele-

mento específico que configura tal infracción y que constituye el motivo determinante que induce a obrar al agente, como es la animadversión o simpatía hacia los interesados. Del estudio atento y minucioso del proceso, se descubre que los Magistrados denunciados, bien pudieron cometer un error de interpretación al aplicar la ley 69 de 1945, que desarrolla el artículo 40 de la Constitución Nacional, expedida el mismo año, pero en forma alguna aparece establecido que procedieran así por motivos de animadversión contra el denunciante señor Restrepo Vélez, que sería la única forma viable para que prosperara el denuncia por prevaricato contra los Magistrados aludidos.

Todo delito tiene una estructuración jurídica que dimana de los intereses que tiende a proteger la ley para que no sean conculcados o violados. Si, pues, uno de esos elementos no surge del proceso, como es el caso de autos, resulta imposible que aparezca la responsabilidad contra los que fueron denunciados penalmente como autores de esa infracción.

Si en el presente caso ni la injusticia, ni la arbitrariedad, ni tampoco el motivo determinante del hecho, como sería la animadversión, encuentra comprobación en los autos, ello significa que no se ha incurrido en delito y que por tanto la conclusión no puede ser otra de la que los denunciados deben ser exonerados de responsabilidad penal por el hecho que se estudia.

Igual cosa ocurre tratándose del otro delito que de conformidad con el denuncia podría tener más apariencia de realidad en el proceso, es a saber, el abuso de autoridad. Para ser viable esta infracción en el caso, ella tendría que surgir en virtud de la demostración de que los Magistrados a que se refiere el informativo procedieron de mala fe, arbitraria e injustamente. Por el contrario, del proceso se deduce que en su actuación falta el elemento subjetivo del delito; ya que de ser de otra manera, en toda ocasión que un Juez equivocadamente, por una interpretación errada de la ley, adopte alguna decisión, estaría en posibilidad de incurrir también en un delito. Lo que no es así, porque la interpretación de las normas legales es susceptible de error, ya que es propio de los hombres errar. Sostener lo contrario equivaldría a presumir que por el hecho de ser Juez se tienen facultades infalibles, ajenas a toda equivocación, y esto no es posible.

Si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción

penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal.

No es de poca ocurrencia el hecho de que a los Jueces se les presenten dificultades inherentes a la interpretación de una ley nueva cuyo alcance deben señalar para dar solución a un determinado conflicto jurídico. En el caso de la ley 69 de 1945, fueron numerosas las interpretaciones diferentes que se le dieron al texto legal, en orden a fijar las prohibiciones en ella contenidas para el ejercicio de la profesión de abogado. No es extraño, pues, que al señalar la Sala de los Magistrados doctores Vásquez, Martínez y Vernaza el significado del artículo 13, se equivocaran en la apreciación de sus cláusulas para hacerle decir el mismo concepto al significado de la palabra "matrícula" que al vocablo "inscripción", que el texto legal involucra en el citado artículo 13, considerando la primera como el acuerdo del Tribunal respectivo, por el cual se faculta el ejercicio de la abogacía en cualquier parte del territorio de la República, y por inscripción, el acto complementario que el interesado ejercita ante las distintas oficinas y Tribunales del país para poder ejercer su profesión.

Al negarle personería al señor Restrepo Vélez en el proceso que se adelantaba en segunda instancia contra Jesús M. Martínez Vanegas, por el delito de lesiones personales, por aparecer inscrito dicho sujeto con posterioridad al diez y seis de febrero de 1946, sin tener título profesional, es posible, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, que apenas existiera por parte de la Sala sustanciadora el propósito de dar una interpretación legal, sin ánimo alguno preconcebido contra Restrepo Vélez y sin el propósito de consumir contra él un acto arbitrario o injusto. Injusto no lo sería, porque para que tuviera tal carácter se necesitaría que violara la equidad y mal puede ello suceder, cuando lo que se hace apenas implica un concepto equivocado, pero no el propósito de inferir agravio a nadie. Tampoco sería arbitrario, porque para serlo tendría que establecerse que no tuvo motivo distinto que el capricho de los funcionarios acusados, y esta comprobación no pudo lograrse en el proceso. Todos los sindicatos conculcan en sus indagatorias en la explicación de las razones por las cuales consideraron de su deber

no aceptar la personería del señor Restrepo Vélez en el caso *sub judice* en que él pretendía se le reconociera para actuar como defensor de un reo. Es posible que extremaran el alcance de la norma legal que consideraron les diera facultad para llevar a término tal procedimiento. Pero no lo hicieron con la intención dolosa que es menester para que los elementos constitutivos del abuso de autoridad se manifiesten. Sobre todo el elemento subjetivo que estableció el dolo, no surge del proceso.

Para abundar todavía más en las razones que llevan a la Corte a tomar idéntica resolución a la que conceptúa el señor Agente del Ministerio Público, resulta oportuna la cita de anteriores doctrinas de esta misma Sala, en las que aparece un criterio absolutamente acorde en el particular:

"En cuanto al abuso de autoridad —ha dicho la Corte— y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad (artículo 171 del C. P.). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En este sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad.

"Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste en este evento en la voluntad de "cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como dice Manzini. Es verdad que el Código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder "a sabiendas" pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal.

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

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

Posteriormente, en auto de cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y seis, la Corte sobre el particular, se expresó así:

"Para imputar la comisión de un delito es necesaria la comprobación de los elementos que lo integran. No basta la configuración del factor material u objetivo de la infracción, con prescindencia del elemento psíquico, sino que es indispensable su demostración. La intención dolosa, o bien la culpa proveniente de negligencia o falta de previsibilidad, deben acreditarse previamente, para imputar el hecho a quien se dice lo realizó. (Artículo 429 del C. de P. P.).

"El error proveniente de una falsa interpretación o mala aplicación de la ley penal, sólo es imputable como delito de abuso de autoridad cuando existe la demostración de que ese error se cometió para omitir, rehusar o retardar la ejecución del acto a que legalmente se está obligado. Si el error no es el resultado de una intención dolosa, o bien de una culpa, sino de una equivocada o mala apreciación de la ley, pero de buena fe, no hay lugar a imputarlo como delito, porque falta el elemento psicológico del delito, o sea el propósito de obrar contra derecho". (Jurisprudencia Penal, Gómez Prada. Tomo 2º, páginas 8 y 9).

### Otras acusaciones

Los demás hechos de que también se acusa a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Cali, no pueden ser tomados en cuenta en manera alguna, porque ni existe, ni pudo ser establecida la falsedad en informes oficiales. Un auto de una entidad jurisdiccional no constituye esta clase de actos como para que pueda en ellos ocurrir el delito que específicamente así denuncia el señor Restrepo Vélez.

Basta tener presente los términos del artículo 308 para comprender cómo es de infundada la acusación de que los Magistrados del Tribunal de Cali, al tomar la resolución que negaba personería al

denunciante, le impidieron el ejercicio de su trabajo, por cuanto que muy claro dice la providencia aludida que solo se le niega la facultad de ejercer el poder ante la Sala, por su inscripción posterior al 16 de febrero que señala el artículo 13 de la ley 69 de 1945, que desarrolla el artículo 40 de la Constitución Nacional, y en virtud del cual se declaran nulas las inscripciones que los Tribunales Superiores hagan con posterioridad a esa fecha, pues claramente lo dice la providencia que donde aquello haya ocurrido, es decir, en donde se haya inscrito con anterioridad a dicha fecha, bien puede seguir ejerciendo la profesión de abogado.

En cuanto a la violación del derecho de defensa, de que también se acusa a los Magistrados, el informativo bien claro establece que el reo Martínez Vanegas no sufrió por ello perjuicio alguno, porque la sentencia de primera instancia lo condenaba a la pena de dos años de presidio, tiempo que no había cumplido en detención preventiva en el momento en que el incidente de negarle personería al abogado que designó para su defensa, tuvo lugar.

Las mismas razones actúan para desconocer toda viabilidad jurídica a la acusación sobre detención arbitraria. El reo Martínez Vanegas habría de permanecer detenido aunque el Tribunal hubiese aceptado la personería al señor Restrepo Vélez. Luego no se estructura elemento alguno configurativo de aquella infracción, que exige para su existencia privar de la libertad o prolongarla indebidamente. La primera hipótesis no tiene cabida, porque ya aquél estaba detenido con fundamento legal, y la segunda, que sería la más viable en este caso, tampoco ocurre, porque el detenido no tenía en aquel momento de aceptar la personería al defensor designado, cumplida la totalidad de la pena impuesta en primera instancia para poder ser puesto en libertad de conformidad con el artículo 411 del Código Procesal Penal.

Por lo demás, los Magistrados sindicados explican que si Martínez Vanegas hubiese cumplido la pena, tanto éste como su defensor de primera instancia, habrían podido solicitar la excarcelación, sin que sufriera demoras su decisión. Luego no hubo detención arbitraria por indebida prolongación de la misma.

Por lo que hace a la usurpación de facultades de que la ley no ha investido a los Magistrados, tampoco puede presentarse en el caso al estudio tal infracción, pues como lo dijo ya la Corte, "el Código solo reprime a quien simula ser empleado sin

título alguno para serlo; a quien se finge con facultades para el desempeño de funciones públicas, careciendo en absoluto de toda investidura que pudiese servir de base a tales funciones, a quien se hace pasar por funcionario, no siéndolo". (Gaceta Judicial número 980, págs. 671, 672).

Por lo expuesto, la Corte —Sala de Casación Penal— oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **SOBRESEE DEFINITIVA-**

**MENTE**, a favor de los señores doctores José Antonio Vázquez Otero, Máximo H. Martínez y Vicente Vernaza Gómez, por los cargos que les fueron formulados por el denunciante en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vázquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## ABUSO DE AUTORIDAD. — DEMORAS

1.—Uno de los casos de abuso de autoridad ocurre cuando el funcionario o empleado público retarde el cumplimiento de sus deberes, en forma injustificada, esto es, cuando dentro de una actividad normal y corriente, o sea, dentro de las posibilidades de trabajo exigible, el juez no ha ejecutado los actos o dictado las providencias que en un negocio debía haber ejecutado o proferido.

2.—Un buen procedimiento requiere sencillez y actividad de los jueces para que la administración de justicia se llene cumplidamente, lo cual se hace más apremiante en materia penal, donde la sociedad está pendiente de los resultados de la investigación y el procesado también tiene un grande interés en que se le defina prontamente su situación jurídica. Y es obvio que la morosidad de los juzgadores se opone a esos fines y causa un daño público y privado.

Por eso, el estatuto penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que omitan, rehusen o retarden la ejecución de los actos a que legalmente están obligados.

Es cierto que a los Jueces, como hombres que son, no puede exigírseles más de lo que humanamente pueden producir. Pero cuando el funcionario no pone de su parte toda la actividad que es capaz de desarrollar y mira con desdén el cumplimiento de los deberes de su cargo, entonces incurre en una conducta culposa o negligente, de la cual debe responder.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira, en providencia de 23 de septiembre de 1947, llamó a responder en juicio criminal al doctor Gerardo Aguirre Calle, por abusos de autoridad, providencia que debe re-

visar la Corte por apelación interpuesta por el procesado y su defensor.

Al doctor Aguirre Calle se le hace el cargo de que como juez del circuito promiscuo de Santuario no calificó oportunamente el sumario que por estafa se adelantaba en su despacho contra Daniel Aguirre Bedoya, pues no practicó esa calificación sino el 13 de junio de 1946, día en que declaró prescrita la acción penal, siendo así que había recibido el expediente el 22 de noviembre de 1941.

Y, en efecto, está acreditado que el 22 de noviembre de 1941 entró al despacho del juez el proceso contra Aguirre Bedoya y que en la fecha apuntada, 13 de junio de 1946, dictó el juez la providencia de prescripción, es decir, casi a los cinco años, no sin que el 28 de mayo del mismo año de 1946 hubiera ordenado el traslado al agente del Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Se considera:

Uno de los casos de abuso de autoridad ocurre cuando el funcionario o empleado público retarde el cumplimiento de sus deberes, en forma injustificada, esto es, cuando dentro de una actividad normal y corriente, o sea, dentro de las posibilidades de trabajo exigible, el juez no ha ejecutado los actos o dictado las providencias que en un negocio debía haber ejecutado o proferido.

En anterior ocasión había venido este negocio a la Corte y esta Sala revocó el enjuiciamiento para allegar otras probanzas que mejor acreditaran la culpabilidad o la inocencia del enjuiciado. Pero, como se hace notar en el auto que se revisa y en la vista del Procurador, se demostró que durante el tiempo de la demora el proceso estuvo al despacho del juez y no en la Secretaría —que fue la duda que surgió entonces— y, además, que el doctor Aguirre Calle no desarrollaba la actividad debida en el cumplimiento de sus deberes.

Que el expediente estuvo al despacho del juez y no en la secretaría del juzgado, se desprende de la inspección ocular practicada (f. 13 del c. 3) y de las declaraciones de los empleados de la oficina (fls. 15 a 16 ibídem).

Y que las demoras no se debieron a imposibilidad física o recargo de trabajo, como el doctor Aguirre Calle lo alega en su indagatoria, sino a desidia en el cumplimiento de sus deberes, se de-

muestra con las actas de visita que el fiscal del Tribunal y los visitadores de la Procuraduría le practicaron, que se citan en la providencia que se revisa:

El señor Fiscal: "Se anotan demoras en el despacho de muchos asuntos, no puede negarse. Arrancando de la fecha de la iniciación de los sumarios, se observa un lento proceso, por ejemplo, hasta que se dicta el auto calificadorio... de esta providencia en adelante, se ve también un movimiento que no corresponde a las necesidades de la administración de justicia y, sobre todo, que no garantiza suficientemente los intereses de los asociados... Se llama muy especialmente la atención del Juez y demás empleados del Juzgado sobre la necesidad que hay de despachar cuanto antes un buen número de negocios que están para ser calificados..." (folios 21 vto. y 22 fte.).

"El Visitador doctor Arbeláez: "Se le solicita al señor Juez que procure despachar algunos negocios criminales que están a punto de entrar a la prescripción y también, que sean calificados otros, que, al parecer, son de competencia de otras autoridades..." (folio 47 vto.).

"Y el Delegado doctor Pérez Sotomayor: "El señor Juez dará preferencia, estudio y definición a los negocios penales por ser la justicia penal de orden público. Procederá a la calificación de fondo de los negocios penales a su despacho teniendo en cuenta su fecha de entrada, cumpliendo lo ordenado por el artículo 375 del Código Judicial y de preferencia los negocios penales que están en estado de producirse la prescripción de la acción penal, para evitar esa ocurrencia..." (Fls. 37 fte. y vto.).

Sobre la excusa presentada por el procesado alega la Procuraduría:

"El doctor Aguirre Calle alega en su indagatoria el gran cúmulo de negocios existentes en su Juzgado y la multiplicidad de diligencias que tenía que realizar en procesos civiles y penales, lo cual explica el retraso en el despacho de los asuntos a su estudio.

"Con todo, esta excusa no alcanza a exonerarlo de responsabilidad penal, porque el hecho mismo de la demora —más de cuatro años— en proferir un simple auto de sustanciación, como el que dispuso oír al Ministerio Público para efectos de la prescripción, indica negligencia o abandono, pues una providencia de tal naturaleza no requiere ningún esfuerzo intelectual, ni mucho menos jurídico, para poner en actividad un sumario.

"Eso demuestra la desidia con que el Juez acu-

sado procedía en los negocios penales, mayormente cuando el Fiscal del Tribunal Superior de Pereira y los Visitadores de la Procuraduría, en los años de 1943, 1945 y 1946, hallaron en el Juzgado de aquél un gran abandono en la tramitación de dichos asuntos y amonestaron al funcionario para que los despachara con preferencia. Y no lo hizo así.

"Un buen procedimiento requiere sencillez y actividad de los jueces para que la administración de justicia se llene cumplidamente, lo cual se hace más apremiante en materia penal, donde la sociedad está pendiente de los resultados de la investigación y el procesado también tiene un grande interés en que se le defina prontamente su situación jurídica. Y es obvio que la morosidad de los juzgadores se opone a esos fines y causa un daño público y privado.

"Por eso, el estatuto penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que omitan, rehusen o retarden la ejecución de los actos a que legalmente están obligados.

"Es cierto que a los Jueces, como hombres que son, no puede exigírseles más de lo que humanamente pueden producir. Pero cuando el funcionario no pone de su parte toda la actividad que es capaz de desarrollar y mira con desdén el cumplimiento de los deberes de su cargo, entonces incurre en una conducta culposa o negligente, de la cual debe responder.

"Y ese descuido se observa aquí en el Juez doctor Aguirre Calle respecto del diligenciamiento de los procesos penales".

Lo anterior lleva a concluir que la providencia apelada es jurídica y debe confirmarse. Se anota solamente que hoy no existen trámites ordinarios y extraordinarios en los juicios de responsabilidad (artículos 1884 y 1889 del antiguo Código de Enjuiciamiento en negocios criminales) y, por tanto, que sobra decir que se llama a juicio "por los trámites comunes", como reza la parte resolutive del auto.

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 apelada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## RECURSO DE HECHO. — CUANDO PUEDE INTERPONER CASACION LA PARTE CIVIL

El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, al consagrar el derecho que tienen las partes para interponer el recurso de casación por perjuicios, no condiciona el ejercicio de ese derecho a la modalidad de que el fallo proferido por el Tribunal contenga la declaración expresa de que se condena a una suma determinada, o concreta, que sea o exceda de tres mil pesos, sino a la CUANTIA DE LA ACCION POR PERJUICIOS, que se determina en la respectiva demanda o aquella que se establezca en el curso del proceso penal, o bien a aquella que se fije de conformidad con lo dispuesto por el artículo 524 del Código de Procedimiento Judicial.

El Juzgado en sentencia de fecha 19 de septiembre de 1947 condenó al procesado al pago de perjuicios en la cantidad de \$ 6.800 pesos moneda legal, pero el Tribunal al revisar la sentencia observó que no se había dado estricto cumplimiento al mandato contenido en el artículo 26 de la ley 4ª de 1943 que dispone que el avalúo de los daños y perjuicios debe ser aprobado por el Juez de la causa, y este motivo dio lugar para que se reformara la respectiva sentencia, en el sentido de condenar al procesado al pago de perjuicios en abstracto. Pero este hecho — se repite — no implica el desconocimiento de un derecho que la ley otorga a la parte civil para interponer el recurso de casación por perjuicios: lo primero, porque en ningún texto legal se ha dicho que el ejercicio de ese derecho se condiciona al reconocimiento que el fallador de segunda instancia haga en la respectiva sentencia de una suma determinada — tres mil pesos o más —; y lo segundo, porque no debe confundirse el ejercicio de la acción civil por perjuicios dentro del proceso penal, con la cuantía misma; esa cuantía, tres mil pesos o más, que puede determinarse en las formas señaladas por el Código de Procedimiento Civil, es la que rige o sirve de norma para la intervención del respectivo recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

El apoderado de la parte civil interpuso recurso de casación contra la sentencia de fecha siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que en su parte resolutive contiene las siguientes declaraciones:

“Reforma la sentencia apelada en el sentido de condenar como en efecto condena a Luis Rodríguez, como responsable del delito de lesiones personales porque se le llamó a juicio es este proceso, a la pena principal de un año de presidio y multa a favor del Tesoro del Estado por la suma de ciento veinte pesos moneda corriente y no a las sanciones de la misma especie que trae dicha sentencia; se reforma la misma sentencia en el sentido de que no es el caso de condenar al mencionado Luis Rodríguez a pagar a Marco A. Parrado, por concepto de perjuicios materiales y morales, la suma de seis mil novecientos veinte pesos, moneda corriente, sino al pago en abstracto de los perjuicios materiales y morales causados por la infracción; y se confirma en todo lo demás”.

### Decisión del recurso

En providencia de veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal negó el recurso interpuesto por el apoderado de la parte civil, en lo relativo a la condena proveniente de los perjuicios causados por el delito, mediante esta afirmación:

“El recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de la parte civil en este negocio debe denegarse, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 559 del C. de Procedimiento Penal, la parte civil podrá interponer tal recurso contra las sentencias condenatorias a que se refieren los artículos 556 y 557 de la misma obra, en lo refe-

rente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos, y en este caso, ya se ha dicho que este Tribunal reformó la sentencia del Juzgado a quo en lo referente a la condenación al pago de perjuicios, en el sentido de no condenar a la suma indicada allí, sino que la mencionada condenación se hizo en abstracto, y esto en atención a que en el avalúo de los perjuicios causados con la infracción no se cumplió con todas las formalidades legales, por no haber sido aprobado oportunamente por el Juez de la causa, como lo dispone el artículo 26 de la ley 4ª de 1943, de manera que en este caso no se está en presencia de una sentencia de segunda instancia dictada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial que contenga una condenación al pago de perjuicios civiles en cuantía igual o superior a tres mil pesos”.

### Reposición

De esta providencia el apoderado de la parte civil pidió reposición, y subsidiariamente interpuso recurso de hecho, y el Tribunal, en auto del diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, no accedió a reponer el auto de fecha veintidós de octubre y en su lugar dispuso conceder el recurso de hecho.

En esta providencia se hizo una interpretación de los artículos 556, 557 y 559 del Código de Procedimiento Penal y en relación con el recurso de casación por perjuicios dijo:

“...Por tanto, se requiere para que proceda el recurso de casación, no sólo que se trate de una sentencia de aquellas a que aluden los artículos mencionados, sino que en tales sentencias haya una condenación al pago de los perjuicios causados por la infracción, en forma concreta, y determinada, es decir, que se condene por ese concepto a pagar al perjudicado una cantidad de dinero cuyo monto sea o exceda de tres mil pesos.

“Al artículo que se comenta, no cabe una interpretación distinta. Pretender que basta para que haya lugar al recurso, que exista la posibilidad de una condenación a la cuantía señalada por la ley, es ir contra los términos claros de la disposición que se comenta, buscando interpretaciones que no se deducen de ella. También es absurdo pretender que en lo relacionado con la cuantía de los perjuicios, se prescindá del fallo de segunda instancia, pues ello sería tanto como sostener que el recurso se interpone contra la sentencia de primera instancia y no contra las que dictán los Tribunales

de Distrito en las causas de que conocen en primera los Juzgados Superiores y en algunas de las que conocen los Juzgados de Circuito”.

Se considera:

El recurso de casación, cuando se trata de perjuicios civiles provenientes de un delito o culpa penal, se rige por las mismas causales y el mismo procedimiento de la casación en asuntos civiles, al tenor de lo dispuesto por el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, al consagrar el derecho que tienen las partes para interponer el recurso de casación por perjuicios, no condiciona el ejercicio de ese derecho a la modalidad de que el fallo proferido por el Tribunal contenga la declaración expresa de que se condena a una suma determinada, o concreta, que sea o exceda de tres mil pesos, sino a la **cuantía de la acción por perjuicios**, que se determine en la respectiva demanda o a aquella que se establezca en el curso del proceso penal, o bien a aquella que se fije de conformidad con lo dispuesto por el artículo 524 del Código de Procedimiento Judicial.

Si la cuantía de la acción por perjuicios fue determinada en el proceso penal, mediante avalúo pericial y si, por otra parte, el fallador de primera instancia, en la sentencia impone una condena por perjuicio de tres mil pesos o más ateniéndose al avalúo pericial, el hecho de que el Tribunal al revisar la sentencia la reforme en el sentido de condenar no a una suma determinada sino en abstracto, no implica —en ningún caso— el desconocimiento del derecho que la ley otorga a la parte civil, para interponer el recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal.

El Juzgado en sentencia de fecha 19 de septiembre de 1947 condenó al procesado al pago de perjuicios en la cantidad de \$ 6.800,00 pesos moneda legal, pero el Tribunal al revisar la sentencia observó que no se había dado estricto cumplimiento al mandato contenido en el artículo 26 de la ley 4ª de 1943 que dispone que el avalúo de los daños y perjuicios debe ser aprobado por el Juez de la causa, y este motivo dio lugar para que se reformara la respectiva sentencia, en el sentido de condenar al procesado al pago de perjuicios en abstracto.

Pero este hecho —se repite— no implica el desconocimiento de un derecho que la ley otorga a la parte civil para interponer el recurso de casación por perjuicios; lo primero, porque en ningún texto legal se ha dicho que el ejercicio de ese de-

recho se condiciona al reconocimiento que el fallador de segunda instancia haga en la respectiva sentencia de una suma determinada —tres mil pesos o más—; y lo segundo, porque no debe confundirse el ejercicio de la acción civil por perjuicios dentro del proceso penal, con la cuantía de la misma; esa cuantía, tres mil pesos o más, que puede determinarse en las formas señaladas por el Código de Procedimiento Civil, es la que rige o sirve de norma para la interposición del respectivo recurso de casación.

Y como en el caso de estudio se ha cumplido con las exigencias legales, toda vez que esa cuantía fue determinada dentro del proceso penal en la cantidad de \$ 6.800.00 pesos, y existiendo por otra parte, una sentencia condenatoria a que hace referencia el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación debe otorgarse

por imperativo de la misma ley (artículo 559 del C. de P. P.), aunque la sentencia del Tribunal contenga una declaración al pago de perjuicios en abstracto.

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 a la parte civil, representada por el doctor José Vicente Sánchez, el recurso de casación interpuesto; de hecho, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## DIFERENCIA ENTRE INTERPOSICION Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO DE CASACION. — QUE DEBE ENTENDERSE POR LO SEGUNDO

1.—El artículo 2º de la ley 69 de 1945 estableció, entre las excepciones al principio general de que nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, la de que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos; solicitar la libertad provisional y la condicional; actuar en las diligencias, e intervenir directamente en los casos que de manera expresa autorice la ley.

Pero, como lo ha explicado la Corte, una cosa es interponer el recurso de casación, y que éste sea admitido, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto del recurso extraordinario de casación, que es un juicio contra la sentencia y que, por lo mismo, tiene que estar rodeado de ciertas condiciones para que prospere, pues de otra manera ello equivaldría a considerarlo como una tercera instancia, haciéndole perder los fines esenciales en que un recurso de tal índole se sustenta.

2.—En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda debe formularse según el mandato del artículo 531 del estatuto procesal civil en relación con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Dicho artículo 531 expresa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

De conformidad con el espíritu que guió esta disposición, según la exposición de motivos que diera la comisión redactora del Código Judicial, se comprende que se pretendió con ello evitar que al facilitarse de manera extrema el recurso de casación, por ausencia de técnica en la sustentación de las

causales en que fuera apoyado, fácilmente derivaría en una tercera instancia, perdiéndose así los altos fines de la casación.

De aquí que esta misma Sala frecuentemente ha indicado que para la declaratoria de desierto del recurso, no basta simplemente fundamentario en la oportunidad legal, sino que es preciso que la demanda a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Esteban Barrera Vásquez a la pena principal de ciento cincuenta y dos días de arresto, como responsable del delito de lesiones personales culposas.

Contra la sentencia en referencia, que lleva fecha trece de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, interpuso el recurso de casación el mismo acusado, por medio de escrito de cinco de mayo del mismo año.

La Corte, en auto de veintitrés de julio del año próximo pasado, declaró admisible el recurso y ordenó correr traslado al recurrente por el término legal, para que formulara la demanda de casación, con la advertencia de que "la demanda debe ser firmada por un abogado inscrito en la Corte".

El recurrente, en el término legal, formuló la correspondiente demanda y en ella alega las causales segunda y quinta del artículo 567 del Código Procesal Penal, libelo éste que aparece firmado

por el mismo procesado, pretermitiendo así la exigencia antes dicha, o sea, que la demanda debía ser firmada por abogado inscrito en la Corte.

### Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto que antecede, solicita que se declare desierto el recurso, por cuanto que, al tenor de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 69 de 1945, nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones establecidas por la misma ley.

“Entre esas excepciones —dice el Procurador— hay una que se limita al derecho del procesado a interponer recursos”.

Y concluye el colaborador:

“Pero en lo que atañe a la sustentación de los mismos —los recursos— por tratarse ya de una cuestión que requiere conocimientos jurídicos propios de los veteranos en la ciencia del derecho, es preciso que los alegatos sean presentados por abogado inscrito, como lo exigen la Constitución y la ley. Mayormente en el caso actual, relacionado con el recurso de casación, que es por demás exigente y de elevada juridicidad, ya que suscita una controversia, en la cual aparecen enfrentadas la ley y una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de justicia.

“En la casación se promueve ante la Corte un verdadero debate, un litigio, que requiere, por lo mismo, una demanda ajustada a la técnica de ese recurso, y ella no puede ser hecha y firmada sino por un abogado inscrito en dicha entidad”.

Se considera:

Al tiempo de proferirse el auto por medio del cual fue admitido el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Esteban Barrera Vásquez, por el delito de lesiones personales de que fueron víctimas Francisco A. Ospina, Ramón Muñoz, Edilberto Arroyave y José E. Pulgarín, cometido en forma culposa, se advirtió previamente al recurrente “que la demanda debe ser firmada por abogado inscrito ante la Corte”.

No cumplió esta exigencia el reo, alegando que, aunque sabedor de ello, “es lo cierto que tal requisito no puedo yo cumplirlo en esta ocasión, porque ello equivaldría a la exigencia de un cuantioso gasto que no estoy en condiciones económicas de hacer”. Agrega que “situada la H. Corte en un plano de verdadera justicia y tratándose de un caso excepcionalmente benigno en cuanto al valor

intrínseco del derecho procesal, pero profundamente lesivo para la tranquilidad económica y familiar del suscrito, atenderá las razones que en seguida expondré para atender la casación a que aspiro con el mayor anhelo”.

Barrera Vásquez fue condenado a la pena de ciento cincuenta y dos días de arresto por el Tribunal de instancia, que reformó el fallo de la primera, que le impuso igual penalidad, pero la reformó en el sentido de no acceder a la suspensión de la ejecución de la condena, como lo hiciera el fallador de primer grado. Este es el motivo principal en que apoya las razones que expone para que la sentencia que lo condenara, sea casada.

Bastaría para que la petición del señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que se declare desierto el recurso, prospere, señalar que habiéndose interpuesto con posterioridad a la reforma constitucional de 1945, es de imperiosa aplicación aquí el artículo 40 de la Carta y 1º de la ley 69 de 1945, según los cuales a nadie le es permitido litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, con las excepciones establecidas por la misma ley.

El artículo 2º de la ley 69 antes citada, consagra precisamente algunas de estas excepciones, pues permite que en el desarrollo de la acción penal puedan los procesados, sin necesidad de apoderado: interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autorice la ley.

Pero una cosa es interponer el recurso y que éste sea admitido, como sucede en el caso, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto del recurso extraordinario de casación, que es un juicio contra la sentencia y que por lo mismo tiene que estar rodeado de ciertas condiciones para que prospere, pues de otra manera ello equivaldría a considerarlo como una tercera instancia, haciéndole perder los fines esenciales en que un recurso de tal índole se sustenta.

Como lo anota el señor Procurador, el recurso de casación es por demás exigente y de elevada juridicidad, en el que surge un verdadero litigio que requiere amplia técnica, ya que en él aparecen enfrentadas la ley y una sentencia proferida por un Tribunal Superior. Sería, pues, excesivo creer que quien no tiene conocimientos amplios en la ciencia del derecho, como lo son los procesados en que no confluye la calidad de abogado ins-

crito, puedan cumplir los requisitos que recurso de tal naturaleza exige.

Ya antes la Corte al interpretar el artículo 40 de la Constitución Nacional, y anticipándose al concepto del legislador consignado en el artículo 2º de la ley 69 de 1945 y antes de expedirse ésta, sostuvo en varias ocasiones que el recurso de casación podía ser interpuesto por el procesado o procesados a quienes la ley concede ese derecho, pensamiento que informa en la actualidad el contenido del artículo 2º de la citada ley, al disponer que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, entre los cuales se halla sin duda alguna el de casación. Ello quiere decir que lo que esta Sala ha admitido es que el recurso de casación puede ser interpuesto por el propio reo, sin necesidad de abogado inscrito en la Corte. Pero, una cosa es interponer el recurso de casación ante el Tribunal de instancia, de conformidad con los artículos 556 y 560 del Código de Procedimiento Penal y otra muy diferente es la facultad que tienen las partes para que se fundamente, una vez admitido, y los requisitos que ello exige, según el artículo 563, pues si la interposición del recurso puede hacerla el procesado mismo, lo segundo no compete sino a aquella persona que tenga la categoría de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúna esta condición.

No sobra agregar que por el aspecto mismo de la demanda presentada por el recurrente, son bastantes los vacíos y deficiencias que presenta para el examen de las causales que alega, la segunda y la quinta, que consagra el artículo 567 del Código Procesal Penal.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda debe formularse según el mandato del artículo 531 del estatuto procesal civil en relación con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Dicho artículo 531 expresa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

De conformidad con el espíritu que guió esta

disposición, según la exposición de motivos que diera la comisión redactora del Código Judicial, se comprende que se pretendió con ello evitar que al facilitarse de manera extrema el recurso de casación, por ausencia de técnica en la sustentación de las causales en que fuera apoyado, fácilmente derivaría en una tercera instancia, perdiéndose así los altos fines de la casación.

De aquí que esta misma Sala frecuentemente ha indicado que para la declaratoria de desierto del recurso, no basta simplemente fundamentarlo en la oportunidad legal, sino que es preciso que la demanda a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen.

Y agrega la Corte:

"Ello no quiere decir que la demanda no pueda y deba ser interpretada, como las leyes y los contratos; pero lo que no puede la Corte es tomar el lugar del demandante supliendo vacíos esenciales, porque sería convertir en una tercera instancia aquel recurso extraordinario. La Corte ha procedido en múltiples ocasiones con un amplio criterio de interpretación en favor del procesado para no sacrificar la justicia; pero no puede llegar hasta el extremo de reemplazarlo en la indicación y estudio de los motivos que en la sentencia recurrida aparezcan como perjudiciales para el mismo". (G. J., Tomo LVIII, números 2019 a 2021, pág. 252).

Por las razones expuestas, la Corte —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, **DECLARA DESIERTO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Estéban Barrera Vásquez, contra la sentencia del Tribunal Superior, del Distrito Judicial de Medellín, de fecha trece de abril de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. — CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. — CONSULTA

1.—La Corte, de acuerdo con la Procuraduría, considera que debe consultarse la providencia por medio de la cual se declara prescrita la acción penal, por estar establecido de manera expresa que la providencia por medio de la cual se ordena cesar el procedimiento por alguna de las razones señaladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento, entre las cuales se encuentra la prescripción de la acción penal, ha de ser revisada en consulta por el superior.

2.—Que la cesación del procedimiento por prescripción es uno de los casos contemplados en el precepto del artículo 153 del C. de P. P., salta a la vista, si se considera que la prescripción extingue la acción penal (artículo 104 C. P.) y que ello impide proseguirla, que es una de las hipótesis en que debe aplicarse el precepto que se estudia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

### Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 28 de abril último, negó la declaratoria de nulidad pedida por el doctor Antonio Valencia Restrepo en el proceso que se le sigue por abusos de autoridad consistentes en intervención en política.

El solicitante interpuso contra dicha providencia el recurso de reposición, que le fue negado, pero como en subsidio se le concedió el de apelación, debe revisar la Corte lo resuelto por el Tribunal.

En escrito de 5 de marzo del año pasado pidió el doctor Valencia Restrepo que se anulara lo actuado en el proceso, desde el auto de 5 de febrero de 1947, que ordenó la consulta del 11 de octubre de 1946, que había declarado prescrita la acción penal, y también la del auto de 10 de septiembre de 1946, que, a su vez, había declarado la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder.

La primera nulidad la sustenta el peticionario diciendo que en el Código de Procedimiento Penal se encuentran señalados taxativamente los casos en que es procedente la consulta —artículos 153, 189 y 430— dentro de los cuales no cabe el proveído que se ordenó consultar, por ser un auto interlocutorio y no una sentencia.

Y la segunda, en que no se notificó al defensor del procesado, como lo ordena la ley, el enjuiciamiento de primera instancia.

Para mayor claridad conviene analizar por separado los dos motivos de nulidad que alega el doctor Valencia Restrepo.

### a) Consulta de la providencia que declaró prescrita la acción penal

En providencia de 11 de octubre de 1946, el Tribunal declaró prescrita la acción penal contra el doctor Valencia Restrepo, y ordenó archivar el expediente; pero como el Fiscal reclamara, se ordenó consultar con esta Sala.

La Corte, en providencia de 7 de octubre de 1947, revocó la consultada, por estimar que no se había realizado la prescripción de la acción penal y ordenó qué el proceso siguiera su curso.

Como ya se dijo, el peticionario estima que el Tribunal no podía ordenar la consulta del proveído que declaró la prescripción, ni la Corte revisarlo en virtud de ese grado de jurisdicción, que no está consagrado en el Código de Procedimiento.

Pero la Sala, de acuerdo con la Procuraduría, considera que debe consultarse, por estar establecido de manera expresa que la providencia por medio de la cual se ordena cesar el procedimiento por alguna de las razones señaladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento, entre las cuales se encuentra la prescripción de la acción penal, ha de ser revisada en consulta por el superior.

Que la consulta se estableció de manera expresa para las ocurrencias del artículo 153 citado, se desprende de la lectura del texto, que enseña que "la sentencia a que se refiere el inciso anterior debe ser sonculada"; y que la cesación del procedimiento por prescripción es uno de los casos con-

templados en ese precepto, salta a la vista, si se considera que la prescripción extingue la acción penal (artículo 104 del C. P.) y que ello impide proseguirla, que es una de las hipótesis en que debe aplicarse el precepto que se estudia.

La Procuraduría, después de enumerar los eventos previstos en el precepto que se invoca (artículo 153 del C. de P. P.), entre los cuales se cuenta el de que "la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", que comprende la prescripción, hace estos comentarios:

"Como ejemplo de esta última hipótesis pueden citarse: iniciar la acción penal sin mediar querrela de parte, cuando la ley exige esa condición (artículos 15 y 285 C. P. P.); la existencia de la cosa juzgada (artículo 103); la muerte del procesado (artículo 100 C. P.); la prescripción de la acción penal (artículo 104 ibídem); el desistimiento de la parte agraviada, en las infracciones que no pudieren investigarse sino en virtud de querrela (artículos 102 C. P. y 17 C. de P. P.); prosperar una cuestión prejudicial que se refiera a uno de los elementos constitutivos del delito materia del proceso (artículo 21 del C. de P. P.); y, finalmente, la amnistía (artículo 76, ordinal 23, C. N.).

"Pues bien: si la prescripción extingue la acción penal, resulta obvio que ésta no puede iniciarse o proseguirse cuando aquélla se ha realizado. Y entonces tiene cabal aplicación el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, encaminado a libertar al sindicado de acusaciones temerarias o injustas y a impedir también la pérdida de tiempo y de trabajo en el adelantamiento de procesos que no conducen a un resultado práctico, porque la misma ley opone un obstáculo para ello.

"Y como esa sentencia del artículo 153 es consultable por mandato perentorio de tal precepto, síguese que la Corte sí tenía jurisdicción para revisar el fallo de 11 de octubre de 1946 proferido por el Tribunal Superior de Medellín y referente a la declaratoria de la prescripción".

De esta suerte, no es exacto que no haya precepto expreso que consagre la consulta en los casos en que se declara prescrita la acción penal y se deduce la obligada consecuencia de ordenar que cese el procedimiento, porque esa ocurrencia es una de las previstas en el artículo 153 del Código de Procedimiento tantas veces citado.

Por lo demás, tal ha sido doctrina constante de la Corte, según las citas que hace el Ministerio Público y otras que pudieran hacerse.

#### b) El auto de 10 de septiembre de 1946

En esta providencia declaró el Tribunal nulo lo actuado, por no habersele notificado al defensor del doctor Valencia Restrepo el auto de proceder de primer grado, resolución que le sirvió a la misma entidad para considerar, en el de 11 de octubre de 1946, que ya se había consumado la prescripción de la acción penal.

Pero resulta que esta última providencia fue revocada por la Corte en la de 7 de octubre de 1947, en la que por segunda vez se ordenó que el proceso siguiera su curso.

Como el análisis de este segundo motivo de nulidad está hecho en forma tan exacta por la Procuraduría, la Sala se contenta con reproducirlo, prohijándolo. Dice así:

"La H. Corte y la Procuraduría hicieron entonces un minucioso análisis de las actuaciones del Tribunal y especialmente del auto de 10 de septiembre de 1946, —cuyo cumplimiento reclama hoy el doctor Valencia Restrepo—, para concluir que los fundamentos de dicha decisión eran inadmisibles, por cuanto el señor defensor sí fue notificado del auto de proceder, y, además, porque ya la misma Corte había rechazado la primitiva nulidad del juicio decretada por el Tribunal.

"Por eso expuso la Procuraduría lo siguiente en esa ocasión:

"Sencillamente inusitada resulta esta conducta del Tribunal que, se llevó de calle el auto de la H. Corte por medio del cual no aceptó la prescripción de la acción penal y, en cambio, ordenó llevar adelante el proceso. En efecto, la H. Corte fue muy rotunda en la afirmación sobre el hecho de haber sido notificado el defensor de la providencia confirmatoria del enjuiciamiento, y de haber quedado éste en firme por su ejecutoria, tres días después de dicha notificación".

"Y más adelante agregó el Ministerio Público:

"Es decir, que el decreto de nulidad y la declaratoria de prescripción dictados por el Tribunal son írritos, por haber procedido "contra resolución ejecutoriada del superior", según la norma antes transcrita (artículo 148 C. J.). De no ser así, quedaría subvertido el orden jurídico y rotas las jerarquías judiciales y la institución de las dos instancias, lo cual es inadmisibile... En consecuencia, las infundadas providencias del Tribunal no pueden prevalecer en este caso sobre la decisión estrictamente legal y jurídica de la H. Corte, su Superior, y hay que estarse a lo resuelto por ella acerca de la inoperancia de la prescripción".

"Y estas razones fueron acogidas por la H. Corte.

"De suerte que si el auto de 10 de septiembre de 1946 se tuvo como jurídicamente inexistente, por haber sido proferido contra resolución ejecutoria de la Superior; y si las bases de ese auto fueron combatidas por la Corte, en vista de que el defensor sí había sido notificado del auto de proceder, sería sencillamente contradictorio y falto de seriedad que se reviviera tal providencia y se declarase una nulidad que no tiene ningún fundamento.

"De ahí que el Tribunal dijera, con todo acierto, lo que pasa a copiarse, tomado del auto que negó la reposición:

"La H. Corte Suprema de Justicia revocó la declaratoria de la prescripción. Y en los considerandos de su providencia hizo una severa crítica al auto que había declarado la nulidad, rechazando los argumentos en que ésta se basó. Como esa nulidad fue el fundamento básico para la prescrip-

ción, declarada la invalidez de aquélla, ésta, jurídicamente, quedaba sin respaldo legal.

"... Precisamente, la infracción del artículo 148 del C. J., citado por el memorialista en su solicitud de reposición..., es la que esta Sala quiere evitar al no declarar la nulidad nuevamente pedida por el interesado doctor Valencia Restrepo".

"Por lo tanto, tampoco prospera el segundo motivo de nulidad".

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 apelada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Enrique A. Becerra, Conjuez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario. °

## LIMITES DE LA FACULTAD JURISDICCIONAL FRENTE AL VEREDICTO DEL JURADO. — GRAVE E INJUSTA PROVOCACION

1.—La norma que regula en general las relaciones entre el jurado y el Juez es la de que la sentencia debe dictarse de conformidad con la calificación que el primero haya dado a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; significa que el Juez —al aplicar la ley penal— no puede separarse de tal calificación sin incurrir en el típico desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

Ella comprende no sólo los elementos esenciales de la infracción (homicidio intencional, culposo, concausal, ultraintencional), sino también, cuando concurren, las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, como la excusa de la provocación y la riña, o las eximentes, como el estado de necesidad y la legítima defensa; y sin que el jurado, al emitir su veredicto, esté obligado a adoptar las expresiones técnicas que representen o designen aquellas circunstancias, compete al fallador, sin invadir la jurisdicción del jurado ni afectar la preeminencia que le dio la ley, ni sustituirlo en sus funciones, interpretar el veredicto a la luz de las tesis controvertidas en el proceso, y aplicar la ley penal, de acuerdo con la tesis que, por exclusión de las demás, haya tenido como más real y verídica el jurado.

2.—Como ya lo explicó la Corte en sentencia de casación de 28 de enero de 1949, si el jurado apenas reconoció la provocación, con exclusión de sus caracteres de injusticia y gravedad y sin referencia a los estados emocionales que aquélla, por ser grave e injusta, hubiera causado en Escobar, no podía el Tribunal sustituir el jurado en la función privativa de calificar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, construyendo la excusa sobre el único de sus elementos admitido.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

### Vistos:

El defensor de Hernando Escobar González recurre en casación ante la Corte Suprema contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín del diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual Escobar fue condenado a la pena de ocho años y medio de presidio, por el delito de homicidio en Jesús María Rivera cometido la noche del veinticinco de febrero del año anterior, en el sitio de Tarapacá, Municipio de La Estrella.

Cuando se había ordenado dar traslado de la demanda al Procurador Delegado para que la contestara, y el expediente se hallaba en su Despacho, ocurrió el incendio del edificio en que funcionaba la Procuraduría y la pérdida de este expediente, lo cual fundó el auto del quince de junio del año pasado, en el que se dispuso su reconstrucción; recurrida y de la demanda, el Procurador dio su concepto, y ahora la Corte decide el recurso, ya que —no siendo la casación sino un juicio sobre la sentencia— son las copias mencionadas dos elementos indispensables para el estudio que incumba a la Corte.

Sometido, pues, el negocio al procedimiento señalado por el Código, no celebrada la audiencia, porque los interesados no concurrieron, y aceptado el impedimento del Magistrado doctor Vásquez (artículo 73, numeral 7º), la Corte decide el recurso en el presente fallo, previa referencia a las tesis expuestas por las partes y a los actos y providencias que, directa o indirectamente, guardan alguna relación con el recurso.

### a) El delito y el proceso

Dé conformidad con la versión que del delito hizo el Tribunal en la sentencia, la noche (ocho y veinte a ocho y media) del veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, Bernardo Escobar González, como resultado de un agrio y pugnaz debate sobre uso, por Jesús María Rivera, de dados 'cargados' en el juego en que estaban empeñados, Escobar le causó cuatro cuchilladas —una de ellas en el estómago— que casi inmediatamente después le extinguieron la vida.

El motivo conocido del delito —según lo expues— fue la reacción de Escobar ante las pérdidas en el juego por causa del uso fraudulento de los dados “cargados” que su compañero hiciera con propósito de lucrar en su perjuicio; así lo reconoció el jurado, el que —en el veredicto— afirmó que Escobar hirió a Rivera con la intención de darle muerte, “por la forma maliciosa en que fue ganado su dinero, lo que —añade— constituyó una provocación”.

Però antes de que el jurado diera a conocer su decisión, cuando deliberaba sobre ella —y este hecho es indispensable registrarlo y destacarlo nídamamente —llamó al Juez y le consultó si podía añadir a aquella explicación, la relativa a la ganancia maliciosa en el juego; absuelta afirmativamente, el funcionario —según se dice en la sentencia— sugirió que “si ellos creían que la adición consultada constituía una injusta y grave provocación, era mejor que claramente lo expusieran para que el pensamiento no fuese desvirtuado posteriormente con las interpretaciones”.

El Juez 3º Superior de Medellín en la sentencia de primer grado y el Tribunal Superior en la de segundo, consideraron que la provocación que el jurado aceptó como constituida por la malicia en el juego usada por Rivera, no fue la grave e injusta a que se refiere el artículo 28, y sancionaron el homicidio como intencional o de propósito, no obstante la persistencia del defensor en cuanto a que el pensamiento del jurado fue abonar al procesado la mencionada circunstancia modificadora; así el Juez, por lo tanto, le impuso ocho y medio años de presidio (en atención a condiciones del procesado constitutivas de peligrosidad), el Tribunal, discrepando del Juez, redujo la pena a ocho años (mínima del artículo 362).

#### b) La demanda

El recurrente impugna la sentencia, con fundamento en la causal tercera de casación, esto es, porque el Tribunal, al fallar, se apartó de la calificación que el jurado dio a los hechos, incurriendo así en desacuerdo con el veredicto.

Las tesis que en la demanda se sustentan son, más o menos, la siguientes: que el Jurado, al reconocer la circunstancia de la provocación, subintendió la existencia de su gravedad e injusticia; como quiera que el hecho provocador o sea el medio fraudulento de que se valió Rivera para despojar de su dinero al procesado que éste destinaba al establecimiento de un negocio; tiene las

características de la injusticia y de la gravedad y la consiguiente capacidad de crear los estados de ira o intenso dolor modificadores de la responsabilidad; que el jurado, por los elementos personales de su composición (ignorantes de la tecnología jurídico-procesal) no está obligado a usar, en el veredicto, los precisos términos jurídicos; y que los Jueces, en casos como éste, pueden suplir las deficiencias técnicas que el jurado haya tenido al deducir las circunstancias específicas del hecho.

A estas conclusiones llega el recurrente, después de afirmar que —siendo en un principio tan débil la prueba de la responsabilidad, que al no ser reforzada no habría sido condenado— sólo surgió ésta de la confesión de Escobar en la audiencia, de que fue el apoderamiento fraudulento de su dinero y la amenaza de ser ultimado, lo que creó el estado que irresistiblemente lo impulsó al delito.

#### c) Concepto del Procurador

El Procurador Delegado, siempre inflexible en sostener la necesidad de que el jurado sea claro, preciso y categórico en el reconocimiento de los caracteres jurídicos de la provocación para que ésta pueda tenerse como circunstancia modificadora de la responsabilidad, rebate separada y definitivamente cada una de las tesis, acabadas de resumir, de la demanda.

“Para poder aceptar una circunstancia modificadora de la responsabilidad, como la del artículo 28 del Código Penal —afirma aquel alto funcionario— es menester que el jurado consigne en su respuesta, si bien no con palabras técnicas, todos los hechos o las expresiones fundamentales que caracterizan aquella circunstancia específica.

“Y en el presente caso —continúa— el veredicto apenas habla de provocación, pero sin decir que ella fuera grave e injusta, condiciones éstas que son las que dan trascendencia jurídica al estado de ira o intenso dolor desencadenado en la psiquis de quien sufre la ofensa y comete homicidio o lesiones personales por ese motivo. Porque, es bueno repetirlo, lo que atenúa la pena en estos casos, no es la cólera ni el dolor moral en sí, sino la justa causa de esa cólera o de ese dolor, que rompe los controles éticos de la personalidad gravemente ofendida.

“En tales condiciones —añade— la simple provocación a que alude el jurado únicamente muestra el móvil del delito y sirve para apreciar ese estado anímico del agente como índice de menor

peligrosidad, en los términos del artículo 38 (numeral 3º) del Código Penal.

Comentando el mismo Procurador la consulta que al Juez Superior hizo el Jurado, cuando éste deliberaba, sobre si era posible añadir la circunstancia de la provocación constituida por el medio usado por Rivera para ganar a Escobar, y comentando la insinuación del Juez para que, si así lo creía el jurado, dijera si dicha provocación fuera grave e injusta, dice el Procurador lo siguiente:

“Por último —se transcribe— cabe decir que la omisión que se echa de menos en el veredicto sobre todos los elementos de la excusa de la provocación no fue algo inadvertido o involuntario por parte de los jurados, sino un acto consciente y deliberado de ellos. Pues el Juez del conocimiento, aunque sin autorización legal, resolvió una consulta del Tribunal popular acerca de las circunstancias que pensaba introducir al cuestionario, y, por otra parte, el mismo demandante afirma en su libelo que “la defensa de Escobar en la audiencia fue elocuente y certera al señalar que en tales condiciones esa provocación, que es injusta, fue grave”.

#### d) Estudio del recurso

Partiendo de que el Jurado reconoció como elemento constitutivo de la provocación la forma maliciosa en que Rivera (el occiso) ganó a Escobar (el homicida) en el juego, el recurrente afirma:

a) Que tal provocación fue grave e injusta, tanto que creó en el procesado el estado de ira o intenso dolor que lo impulsó al delito;

b) Que si el jurado calló sobre la gravedad e injusticia de la provocación, el Tribunal (en virtud de la confesión de Escobar en la audiencia) estaba obligado a aceptarla sin dividirla;

c) Que la ley no impone al jurado —por causa del elemento humano que lo integra— el uso de los vocablos técnicos con que ella precisa condiciones, circunstancias o hechos, y, finalmente,

d) Que porque no tuvo en cuenta lo anterior ni aplicó en consecuencia el artículo 28, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

No se trata aquí —considera la Corte— de reafirmar su doctrina relativa a las condiciones que requiere la aplicación del artículo 28 del estatuto penal (ira o intenso dolor causados mediante provocación grave e injusta) por cuanto el recurrente la acepta, sino de fijar el límite de la potestad jurisdiccional frente al veredicto, y especialmente, al que, al admitir la provocación, excluye sus con-

diciones esenciales requeridas para fundar excusa.

La norma que regula en general las relaciones entre el jurado y el Juez es la de que la sentencia debe dictarse de conformidad con la calificación que el primero haya dado a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; significa que el Juez —al aplicar la ley penal— no puede separarse de tal calificación sin incurrir en el típico de desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

Ella comprende no sólo los elementos esenciales de la infracción (homicidio intencional, culposos, concausal, ultraintencional), sino también, cuando concurren, las circunstancias modificadoras de responsabilidad, como la excusa de la provocación y la riña, o las eximentes, como el estado de necesidad y la legítima defensa; y sin que el jurado al emitir su veredicto, esté obligado a adoptar las expresiones técnicas que representen o designen aquellas circunstancias, compete al fallador, sin invadir la jurisdicción del jurado ni afectar la preeminencia que le dio la ley ni sustituirlo en sus funciones, interpretar el veredicto a la luz de las tesis controvertidas en el proceso, y aplicar la ley penal, de acuerdo con la tesis que, por exclusión de las demás, haya tenido como más real y verídica el jurado.

Este, en el presente caso, al dar a la ganancia obtenida mediante dados falsos el carácter de provocación, tácitamente excluyó las condiciones esenciales de la injusticia y de la gravedad —que son las que fundan la aplicación del artículo 28— aseveración comprobada mediante estos hechos: primero, que fue tesis solamente sugerida en la audiencia; segundo, que en ésta tanto el defensor como el vocero plantearon nítida y claramente la excusa de la provocación grave e injusta, y tercero que el Juez —al ser consultado por los miembros del jurado sobre la legalidad de tener el fraude como provocación— les advirtió que si consideraban grave e injusta la provocación “era mejor que claramente lo expusieran —dice la sentencia— para que su pensamiento no fuese desvirtuado posteriormente”; si, pues, a pesar de esta advertencia, el jurado apenas reconoció la provocación, con exclusión de sus caracteres de injusticia y gravedad y sin referencia a los estados emocionales que aquélla, por ser grave e injusta, hubiera causado en Escobar, no podía el Tribunal sustituir al jurado en la función privativa de calificar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad construyendo la excusa sobre el único de sus elementos admitido.

Esta doctrina —finalmente— se adoptó en la sentencia del 28 de enero del presente año por la cual la Corte decidió el recurso de casación del defensor de Pedro Antonio Pérez contra la del mismo Tribunal Superior de Medellín, y en el cual recurrente defendió tesis idéntica a la presentada en este negocio.

**e) Fallo de la Corte**

Siendo evidente que el jurado sólo admitió, como motivo del delito, una provocación no grave, injusta, solo en el grado suficiente para constituir una circunstancia de menor peligrosidad (la del artículo 38, numeral 3º), pero no la modificadora de la responsabilidad, se concluye que el Tribunal dictó su fallo de acuerdo con el veredicto, que el recurso, por lo tanto, no fue fundado. En consecuencia de lo expuesto, la Corte Supre-

ma —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, CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 18 de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual condenó a Hernando Escobar González a la pena de ocho y medio años de presidio por el delito de homicidio en Jesús María Rivera, cometido la noche del veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, en el sitio de Tarapacá, Municipio de La Estrella.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Remigio González Gooding, Conjuez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## NULIDADES. — TERMINO PARA LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA. — TRASLADOS

1.—Estatuyen los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Penal que el Juez debe dictar una providencia en que señale fecha para la audiencia pública, fijación que no podrá ser para antes de cinco días ni para después de veinte y que en esa misma providencia debe ordenar que se corra traslado a las partes para que estudien el expediente indicando el término durante el cual cada uno de los interesados puede conservarlo.

2.—La interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida; pero en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa, puede apelarse a una interpretación que consulte los intereses de la justicia, argumentando A FORTIORI o con mayor razón.

3.—El término para la celebración de la audiencia se ha señalado para garantizar los intereses de las partes y de la sociedad: de aquéllas, para que tengan un tiempo suficiente para preparar los alegatos que hayan de presentar en el debate público; y de la sociedad, con el fin de que la tramitación de los procesos no se prolongue indefinidamente, con menoscabo de la justicia. En este caso, si hubo un ligero exceso en el término señalado, no pudo sino beneficiar a los interesados para prepararse mejor a la audiencia pública.

4.—El objeto del traslado a que se refieren los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Penal es el de faltarles a las partes el estudio del proceso, a fin de que puedan preparar las tesis jurídicas que han de sostener en audiencia pública. Por lo tanto, si el juez omite ordenar esos traslados, pero en la práctica ellos se surten, el derecho de las personas que intervienen en el proceso queda garantizado y cualquier presunta nulidad desaparece.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

### Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 20 de noviembre de 1947, condenó a Hernando Vaca Torres a la pena principal de ocho años de presidio, como causante de la muerte de Luis Rodríguez.

Contra esa sentencia interpuso casación el procesado, que ante la Corte sustenta un apoderado especial, con base en la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento, o sea, en haberse incurrido en nulidades al tramitar el juicio.

### Hechos y actuación procesal

Los hechos ocurrieron el 19 de agosto de 1943, en las horas de la tarde, en el caserío de la Virginia, del municipio de Pereira, Departamento de Caldas. Sucedió que Luis Díaz, al atravesar un puente sobre el río Cauca, tuvo la ocurrencia de orinarse desde él, lo que le fue increpado con dureza por el agente de la policía Hernando Vaca Torres, quien se dispuso a llevarlo a la Inspección por el hecho. Luis Rodríguez, también agente de la Policía, se opuso a que Díaz fuera llevado ante las autoridades, por lo cual Vaca Torres, desenfundando su revólver, pretendió conducirlo también y, como éste opusiera resistencia, llamó en su auxilio a otro agente, Carlos Alberto González. Este requirió su arma y con ella golpeó repetidas veces a Rodríguez por la frente, el cual, viéndose herido, se trabó en riña con González. Los sucesos terminaron con algunos disparos de revólver, uno que González hizo al aire, otro que Vaca Torres hizo también al aire, y un postrero que el mismo Vaca Torres dirigió por la espalda a Rodríguez, con el cual le ocasionó la muerte.

El Juzgado Superior de Pereira enjuició a Vaca Torres por el homicidio, con caracteres de asesinato, en providencia de 20 de marzo de 1944; y

adicado el proceso en Bogotá, fue confirmado por el Tribunal de este distrito, en auto de 26 de octubre del mismo año.

El Juzgado 4º Superior de Bogotá, en sentencia de 31 de octubre de 1946, condenó al procesado a la pena principal de ocho años de presidio, sentencia que fue confirmada por el Tribunal en la que es objeto de este recurso de casación.

**Causal cuarta: nulidades procedimentales.** Dos son los motivos que el demandante invoca como causal de nulidad: el primero, que el Juzgado, al señalar fecha para la celebración de la audiencia pública, no ordenó correr el traslado de que habla el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, para el estudio del expediente, fijando el término que cada parte puede mantenerlo en su poder; y el segundo, que la audiencia no se celebró dentro del término que el citado artículo 458 señala, esto es, ni antes de cinco días ni después de veinte, pues habiéndose dictado la providencia el 24 de mayo de 1946, se señaló como fecha para la celebración de la audiencia pública el 18 de junio, o sea, fuera del término que la ley concede al efecto, sin que las partes por motivos graves hubieran solicitado prórroga de dicho término, al tenor del artículo 179 del mismo código.

Se considera:

Estatuyen los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Penal que el juez debe dictar una providencia en que señale fecha para la audiencia pública, fijación que no podrá ser para antes de cinco días ni para después de veinte y que en esa misma providencia debe ordenar que se corra traslado a las partes para que estudien el expediente indicando el término durante el cual cada uno de los interesados puede conservarlo.

En este proceso resulta probado que la audiencia no se celebró dentro del término que la ley establece y que no se corrió el traslado a las partes para el estudio del expediente; y como esas son las circunstancias que sirven de apoyo a la demanda, ha de decidirse si constituyen causales de nulidad.

En primer lugar, ha de anotarse que ellas no están previstas como motivos de nulidad en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento, con lo cual ya pudiera decirse que no existe razón para invalidar lo actuado, puesto que la Corte ha dicho en múltiples ocasiones que las nulidades son taxativas. Pero como también, en casos no previstos de manera expresa ha reconocido algunas designándolas con el nombre de nulidades constitu-

cionales, deben hacerse algunas consideraciones sobre el particular.

Esta Sala ha querido interpretar el espíritu de la legislación en este punto y coordinar la rigidez que debe presidir la declaratoria de las nulidades, con cierta indispensable amplitud que permita en la práctica y ante casos concretos y extraordinarios volver por los fueros de la justicia quebrantada; y al no encontrar en mandatos legales los motivos que hagan invalidar lo actuado, ha extendido el alcance de los preceptos en que se discriminan apelando al principio general de la Constitución que ordena juzgar a los ciudadanos con las formalidades propias de cada juicio. Así, en casación de 23 de septiembre de 1948, expresó lo siguiente:

“La Corte, ante el peligro de actuaciones de **jure condendo**, ha venido restringiendo la aplicación de las tesis de las nulidades denominadas constitucionales, en otra época acogidas con tan generosa amplitud en perjuicio del contenido jurídico del recurso, que se invocaba indistinta y subsidiariamente en todos los casos, a título de remedio universal, no tanto con el propósito de subsanar una irregularidad procesal sin influencia alguna en los intereses de las partes, sino con el de buscar, con el cambio de jurado, una mejora de posición jurídica del procesado que la Corte, con apoyo en las causales fijadas por la ley, no podía ofrecerle”.

En resumen, la interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida; pero en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa, puede apelarse a una interpretación que consulte los intereses de la justicia, argumentando a **fortiori** o con mayor razón.

Viniendo ya a los motivos que se alegan, ninguno de ellos puede considerarse como razón suficiente para anular lo actuado en el proceso, en virtud del principio constitucional, como en seguida se dirá.

En efecto, el término para la celebración de la audiencia se ha señalado para garantizar los intereses de las partes y de la sociedad: de aquéllas, para que tengan un tiempo suficiente para preparar los alegatos que hayan de presentar en el debate público; y de la sociedad, con el fin de que la tramitación de los procesos no se prolongue indefinidamente, con menoscabo de la justicia. En este caso, si hubo un ligero exceso en el término señalado, no pudo sino beneficiar a los interesados para prepararse mejor a la audiencia pública.

De otro lado y, como la Procuraduría lo observa, en los juicios en que el jurado interviene, es

muy difícil celebrar la audiencia en su debida oportunidad, porque los jueces de conciencia o los representantes de las partes presentan alguna excusa, y entonces hay que postergar el acto. Ejemplo de ello es este proceso, en que por ocho veces hubo que cambiarse la fecha de la celebración del juicio, por diversos inconvenientes.

En cuanto a los traslados, la omisión no fue de fondo sino de forma, porque los interesados, en las ocho oportunidades que se señalaron para la audiencia pública, tuvieron el expediente en su poder para estudiarlo, por un término superior a ocho días, como lo certifica el secretario del Juzgado (f. 193 v.), lo declara el Juez (f. 186) y lo admite el demandante en casación.

Por ello, acertadamente, comenta el Ministerio Público:

“El objeto del traslado a que se refieren los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Penal es el de facilitarles a las partes el estudio del proceso, a fin de que puedan preparar las tesis jurídicas que han de sostener en la audiencia pública. Por lo tanto, si el juez omite ordenar esos traslados, pero en la práctica ellos se surten, el derecho de las personas que intervienen en el proceso queda garantizado y cualquier presunta nulidad desaparece.

“Porque lo fundamental en estos casos no es llenar la formalidad material de dictar el auto, sino el que las partes puedan hacer uso de las prerrogativas que la ley les confiere.

“Y eso es lo ocurrido en este negocio. Ninguno de los interesados reclamó a tiempo de la omisión que hoy alega la defensa; los representantes de ésta —defensor y vocero— tuvieron en su poder,

para estudiarlo, el proceso por el término necesario para llenar su cometido; y a la audiencia concurren dichos representantes y ampliamente alegaron en favor del procesado lo que estimaron conveniente de acuerdo con las pruebas. Es decir al obrar así, demostraron tener un perfecto conocimiento del negocio, que es lo que la ley tutela con el traslado correspondiente.

“En tales condiciones, decretar una nulidad sería tanto como hacerle un fraude a la ley y dejar la actuación procesal al arbitrio de las partes en aquello que éstas callan deliberadamente para después, según las adversas circunstancias, aducir como un recurso de última hora, con mira a obtener una ventajosa situación jurídica. Y, naturalmente, los juzgadores no pueden prestarse a esa burla del derecho escrito, ni a que se consuma por ese medio, un posible perjuicio para la sociedad en su función represiva. De no ser así, primarían los intereses del delincuente sobre los de la colectividad”.

En conclusión, la causal invocada no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge Gutiérrez Gómez, Conjuez. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

**RECURSO DE HECHO. — CASACION POR PERJUICIOS CIVILES. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 559 DEL C. DE P. P. — QUE SE DEBE ENTENDER POR LA CUANTIA DE LA CASACION EN ESTE CASO**

1.—Ya ha explicado la Corte por qué se necesita que la sentencia contra la cual debe interponer el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absoluta: porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlos (artículos 92 del C. P. y 2341 del C. C.).

2.—Respecto de los procesos a que hace referencia el artículo 559 del C. de P. P., no es exacto que se requiera, en los tramitados ante los jueces de circuito, que la pena señalada en la respectiva disposición sea de cinco años o más, pues para los perjuicios sólo exige la ley que la cuantía sea de tres mil pesos o más, independientemente de la pena privativa de la libertad que corresponda al hecho.

3.—En cuanto a la cuantía de la casación, lo que se debe tener en cuenta no es la condena hecha en la sentencia de primero o segundo grado, ni siquiera el avalúo de peritos, sino la pretensión del actor, porque precisamente han sido consagradas las acciones para deducir en justicia los derechos que se tengan o se crean tener. Para determinarla es suficiente, pues, la estimación del demandante no contradicha, o cualquiera otra fijación de las que la ley prescribe.

La Corte, en la casación de Luis Rodríguez, de 28 de enero del presente año, sentó esta doctrina, diciendo que, para la casación por perjuicios, la cuantía de tres mil pesos o más podía determinarse en la demanda; o en el curso del proceso penal, o apelando al procedimiento del artículo 524 del Código de Procedimiento Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

**Vistos:**

El Juzgado Tercero del Circuito Penal de Bogotá, en sentencia de 28 de enero del año pasado, condenó al señor Gonzalo Leañó Leañó, por el delito de lesiones personales causadas al señor Nicolás Carrera, a la pena de tres meses de arresto, al pago de una multa a favor del Tesoro Nacional de \$ 16.66 y de las costas del juicio, y al resarcimiento de los perjuicios civiles causados por el delito, pero apreciados en abstracto. Al mismo tiempo, le otorgó al sindicado el beneficio de la condena condicional.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 4 de septiembre último, confirmó el fallo del Juzgado en lo referente a la pena privativa de la libertad, al pago de la multa y al otorgamiento de la suspensión de la condena, pero la revocó en lo atañedor a las costas del juicio y al resarcimiento de perjuicios. En cuanto a éstos consideró que no se habían ocasionado, y en su lugar condenó al procesado a pagar al Tesoro Nacional una multa de cincuenta pesos, para cumplir así lo referente a daños cuando éstos no pueden evaluarse pecuniariamente, al tenor del artículo 94 del Código Penal.

El representante de la parte civil interpuso contra esta sentencia el recurso de casación, pero como le fue negado, ha recurrido de hecho ante la Corte.

Dos son las razones que el Tribunal alega para negarle al actor el recurso impetrado: la primera, que al autorizar el artículo 559 su interposición en lo que se refiere a perjuicios, hay que tener en cuenta, para las causas de que conocen los jueces de circuito, que la pena tiene que ser de cinco años o más, pues ese precepto hay que relacionarlo con el 557, que así lo establece; y que la cuantía de tres mil pesos que señala el mismo artículo 559 no puede estar determinada por el actor, sino en la sentencia o en el dictamen pericial, porque de lo contrario toda sentencia sería casable por perjuicios, aunque se tratara de delitos de mínima importancia.

**Se considera:**

Dice el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal que tanto el ministerio público, como el procesado, por sí o por medio de su representante o defensor, y la parte civil, pueden interponer el recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557, en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos.

Ya ha explicado la Corte por qué se necesita que la sentencia contra la cual cabe interponer el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria: porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daños genera para el agente la obligación de repararlos (artículos 92 del C. P. y 2341 del C. C.).

Por eso establece el artículo 29 del código que cuando alguien ha sido condenado en juicio penal como responsable de una infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado; y correlativamente estatuye el artículo 28 que la acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Respecto de los procesos a que hace referencia el citado artículo 559, no es exacto que se requiera, en los tramitados ante jueces de circuito, que la pena señalada en la respectiva disposición sea de cinco años o más, pues para los perjuicios sólo exige la ley que la cuantía sea de tres mil pesos o más, independientemente de la pena privativa de la libertad que corresponda al hecho.

Y es que la pena privativa de la libertad tiene por objeto ejercitar la defensa del orden social perturbado por el delito, mientras que la acción civil que tienen los damnificados para pedir la reparación de los perjuicios, además de ese carácter de tutela pública general, tiene uno privado en cuanto por él se consulta la debida indemnización de los daños que el particular perjudicado ha sufrido con el hecho ilícito. Por eso el ofendido o perjudicado puede intervenir en el proceso penal para demandar el debido resarcimiento —y eso debe ser lo normal en nuestra ley— o bien puede

abstenerse de hacerlo o de hacer justipreciar los daños, para acudir ante los jueces en lo civil.

Esa separación que puede hacerse de las dos acciones, civil y penal, basada en el carácter mixto que tienen, aunque no puede hacerse en forma absoluta, es el motivo fundamental para que no se tenga en cuenta la pena señalada en lo relativo a la casación por perjuicios. Pero existen, además, otras razones, como la de que hubiera sido inútil consagrar el recurso en precepto separado cuando ya existía en general para los procesos de que conocen los jueces superiores y de circuito, teniendo en cuenta en este último caso la pena; la de que el texto del artículo 559 no establece la cuantía de la pena en forma expresa debiendo decirlo; y la de que hay procesos de que conocen los jueces superiores cuya sanción no alcanza a los cinco años.

En cuanto a la cuantía de la casación, lo que se debe tener en cuenta no es la condena hecha en la sentencia de primero o segundo grado, ni siquiera el avalúo de peritos, sino la pretensión del actor, porque precisamente han sido consagradas las acciones para deducir en justicia los derechos que se tengan o se crea tener. Para determinarla, es suficiente, pues, la estimación del demandante no contradicha, o cualquiera otra fijación de las que la ley permite.

La Corte, en la casación de Luis Rodríguez, de 28 de enero del presente año, sentó esta doctrina, diciendo que, para la casación por perjuicios, la cuantía de tres mil pesos o más podía determinarse en la demanda, o en el curso del proceso penal, o apelando al procedimiento del artículo 524 del Código de Procedimiento Civil.

Y como la cuantía fijada en la demanda presentada por el apoderado de la parte civil en este proceso excede de tres mil pesos y no ha sido objetada, síguese que el recurso de casación es procedente y debe otorgarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONCEDE a la parte civil en este proceso el recurso de casación que ha interpuesto por perjuicios.

En consecuencia, solicítese del Tribunal Superior de Bogotá el envío del expediente original.

Cópiese y notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## CAUSAL TERCERA DE CASACION

El numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, enumera dos motivos por los cuales se puede impugnar una sentencia en casación: el primero, hace referencia al hecho de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y el segundo, comprende aquellos casos en que la sentencia se halle o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

La interpretación del artículo 567, numeral 3º —primer motivo—, cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, no ofrece dificultad alguna en cuanto a su aplicación cuando la sentencia impugnada es de aquellas en las cuales no interviene el Jurado, porque en esos juicios, que se denominan de puro derecho, tanto el auto de proceder, como la respectiva sentencia que concreta la responsabilidad, se dictan por el Juez Municipal, de Circuito o Superior —según el caso— es decir, que tanto los hechos como la responsabilidad que por ellos se pueda deducir son calificados por el juez de derecho, sin que su decisión en cuanto a estos factores (hechos y responsabilidad) se halle intervenida por ninguna entidad.

Pero no ocurre lo mismo en los juicios en que interviene el Jurado. En éstos, el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado, es el Tribunal popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma.

El juez de derecho —en los juicios por jurado— sólo tiene facultad para interpretar y desarrollar el veredicto de acuerdo con la calificación que el tribunal de conciencia dé a los hechos, acomoda su decisión a los términos de la ley penal. Si el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, la misión del juez debe ser la de aplicar la ley escogiendo la pena correspondiente a los hechos sobre los cuales ha ver-

sado el debate; sólo cuando la decisión del Jurado no se atempera a la realidad procesal, puede ejercer la facultad y el derecho de declararlo contrario a la evidencia de los hechos, y, por consiguiente, ordenar la convocatoria de nuevo Jurado.

En los juicios por Jurado, el Juez de derecho recobra su potestad jurisdiccional para medir y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, pero no para decidir sobre los hechos modificadores o elementos constitutivos del delito, ya que esta facultad es privativa del Jurado y no del juez de derecho. De no ser así, la Corte, al invalidar un fallo por el primer motivo de la causal tercera del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, “no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder”, dictaría una sentencia sin tener en cuenta el veredicto del Jurado que es su fundamento inmediato, y correría el peligro de convertirse en juez de derecho y en juez de hecho; lo primero, porque en la sentencia necesariamente tendría que prescindir de los artículos 480, 499 y 28 de la ley 4ª de 1943, que atribuye competencia al jurado para resolver sobre los hechos y la responsabilidad; y segundo, porque al dictar un fallo de esta naturaleza, prácticamente se arrogaría las facultades del Jurado convirtiéndose en tribunal de hecho, función ésta que no le ha sido conferida por la ley.

Si el Jurado es la entidad que califica el hecho y determina la responsabilidad, y si éste es quien debe pronunciarse sobre todas las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma, no puede obtenerse un veredicto que consulte la verdad material del proceso y sea un reflejo exacto de los hechos debatidos, cuando el Juez en la redacción de los cuestionarios no tiene en cuenta las circunstancias favorables a los intereses del procesado, porque esta omisión atenta contra las bases esenciales del proceso, ya que prácticamente conduce a la violación de las garantías constitucionales con-

gradas por el artículo 26 de la Carta, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente, y observando la PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO.

El Tribunal, en el pliego de cargos que contiene el auto de proceder, imputó al procesado la realización de un homicidio dentro de las circunstancias previstas por el artículo 385 del Código Penal, que disminuye la pena de una sexta parte a la mitad; esta modalidad —complicidad correlativa— debió incluirse en el respectivo cuestionario para que el Jurado dentro de su autonomía, sin traicionar los intereses del procesado y los de la sociedad, se hubiera pronunciado sobre el particular, cumpliendo en esta forma la misión que la ley le ha confiado.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

#### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de siete de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Gonzalo Rojas Ortega y José Alfonso Pabón Rincón a la pena principal de nueve años de presidio, como responsables de un delito de homicidio cometido en la persona de Abelardo García.

Contra esta sentencia el procesado José Alfonso Pabón Rincón interpuso recurso de casación, y ante la Corte se formuló la correspondiente demanda, y como se han cumplido las formalidades legales se procede a su estudio.

#### Demanda de casación

El apoderado del recurrente invoca como causas de casación las de los numerales 3º, 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

#### Causal tercera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El 30 de abril de 1946, el Juzgado Primero Su-

perior calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio criminal a Rojas Ortega y Pabón Rincón como responsables de un delito de homicidio simplemente intencional en su calidad de autores en concurso recíproco.

Pero el Tribunal al revisar el auto de proceder, en providencia de 22 de noviembre del mismo año expresó: Que los elementos probatorios del proceso no daban “margen para deducir una coautoría codelincuente, ocasional y recíproca, sino que configuraba, jurídicamente, un claro evento de complicidad correlativa en los términos del artículo 385 del Código Penal” y que no siendo posible en forma concreta determinar cuál de los dos fue el autor del hecho “ambos deben responder correlativamente del homicidio, en los términos del precepto transcrito”.

Sobre estos hechos, el recurrente funda su demanda, y alega:

“Esta enmienda obliga al Juzgado Superior y no podía prescindir de la calificación que le había hecho el superior, por consiguiente en los cuestionarios que formuló al Jurado ha debido mencionar esta circunstancia y como no se hizo, la sentencia se halla en desacuerdo con el auto de proceder en su parte sustancial.

“Que esta sentencia está en desacuerdo con lo dicho en el auto de proceder, es cosa que salta a la vista porque habiendo dicho el auto de proceder, que es el pliego de cargos que se le formula al procesado, para que se defienda, que el homicidio es uno de complicidad correlativa (artículo 385 aclara la Corte) la sentencia viene y condena haciéndoles responsables de un homicidio voluntario (artículo 362 del Código Penal),

“De lo anterior se deduce que habiéndose formulado el (sic) procesado el cargo concreto de ser al (sic) homicidio el que señala el artículo 385, mal puede después desconocer esta circunstancia y agravarle el hecho para efecto de la pena, condenándolo por un homicidio de una especie distinta que es el señalado en el artículo 362, como lo ha hecho la sentencia”.

Se observa:

El numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, enumera dos motivos por los cuales se puede impugnar una sentencia en casación; el primero, hace referencia al hecho de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y el segundo, comprende aquellos casos en que la sentencia se halle o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Cuando prospera esta causal se invalida el fallo y se dicta por la Corte el que debe reemplazarlo según lo dispone el artículo 570, ordinal a), del Código de Procedimiento Penal.

La interpretación del artículo 567, numeral 3º —primer motivo—, cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, no ofrece dificultad alguna en cuanto a su aplicación cuando la sentencia impugnada es de aquellas en las cuales no interviene el Jurado, porque en esos juicios, que se denominan de puro derecho, tanto el auto de proceder, como la respectiva sentencia que concreta la responsabilidad se dictan por el Juez Municipal, del Circuito o Superior —según el caso— es decir, que tanto los hechos como la responsabilidad que por ellos se pueda deducir son calificados por el juez de derecho, sin que su decisión en cuanto a estos dos factores (hechos y responsabilidad) se halle intervenida por ninguna entidad.

Si en la sentencia como ordena la ley, se debe condenar por los cargos que motivaron el auto de llamamiento a juicio, cuando aquella —en los juicios de derecho— esté en pugna con aquél, es natural que el fallo que se profiera en tal sentido podría ser invalidado por la Corte en recurso de casación. Si en esta clase de juicios el fundamento inmediato de la sentencia es el auto de proceder, es lógico que la ley conceda a la Sala poder suficiente para invalidar la sentencia, pues sólo en esta forma se puede reparar el error en el cual se hubiera incurrido por los juzgadores de instancia, al tenor del numeral a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Pero no ocurre lo mismo en los juicios en que interviene el Jurado. En éstos, el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado, es el Tribunal popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma.

El juez de derecho —en los juicios por jurado— sólo tiene facultad para interpretar y desarrollar el veredicto de acuerdo con la calificación que el tribunal de conciencia dé a los hechos, acomoda su decisión a los términos de la ley penal. Si el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, la misión del juez debe ser la de aplicar la ley escogiendo la pena correspondiente a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; sólo cuando la decisión del Jurado no se atempera a la realidad procesal, puede ejercer la

facultad y el derecho de declararlo contrario a la evidencia de los hechos, y, por consiguiente, ordenar la convocatoria de nuevo Jurado.

En los juicios por Jurado, el Juez de derecho recobra su potestad jurisdiccional para medir y calificar las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, pero no para decidir sobre los hechos modificadores o elementos constitutivos del delito, ya que esta facultad es privativa del Jurado y no del juez de derecho. De no ser así, la Corte, al invalidar un fallo por el primer motivo de la causal tercera del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, “no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder”, dictaría una sentencia sin tener en cuenta el veredicto del Jurado que es su fundamento inmediato, y correría el peligro de convertirse en juez de derecho y juez de hecho; lo primero, porque en la sentencia necesariamente tendría que prescindir de los artículos 480, 499 y 28 de la ley 4ª de 1943, que atribuye competencia al jurado para resolver sobre los hechos y la responsabilidad; y lo segundo, porque al dictar un fallo de esta naturaleza prácticamente se arrogaría las facultades del Jurado convirtiéndose en tribunal de hecho, función ésta que no le ha sido conferida por la ley.

“Ningún papel entonces quedaría desempeñando el veredicto en los juicios que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia en este supuesto sería estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del Jurado”.

“El fenómeno que en este caso de la demanda tiene a la vista la Sala no es, pues, propiamente el de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, sino que sería más bien el de falta de consonancia entre dicho auto y el veredicto, lo que no está consagrado como causal de casación”.

“Se dice que lo que hay es únicamente una falta de armonía entre el auto de proceder y el veredicto, porque la sentencia no hace otra cosa que recoger la voluntad del Jurado para acomodarla a las disposiciones penales respectivas. No es ella —la sentencia— una decisión del Juez sobre la responsabilidad del procesado, ni contiene en lo cardinal un juicio suyo; allí obra como subordinado, si se permite la expresión, y cumple apenas una labor casi mecánica de ajustar a la ley la resolución —si ha sido aceptada— de un Tribunal

constituído precisamente para juzgar según su personal criterio”.

“En lo que sí recobra el uso de sus auténticas atribuciones el Juez de derecho, es en cuanto a la individualización de las penas, tarea que debe estar precedida de un ponderado estudio acerca de la personalidad del delincuente. Pero, como ya se ha dicho, en esta parte el Juez de derecho tan sólo se ocupa en darle forma a una realidad en que él no tomó participación alguna decisiva en el problema que se discutía, es decir, en cuanto a la responsabilidad o irresponsabilidad, que el veredicto define. Y esto es lo fundamental en todo proceso que se instruye para saber si hay o no lugar a imponer sanciones a quien señala como autor o partícipe de una o más infracciones”.

“La anterior consideración conduce naturalmente a sostener la tesis de que en los juicios ventilados ante los jueces superiores mediante la intervención del Tribunal popular, no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia, —que no contiene decisión sobre los cargos—, y el auto que los formula, sino entre la determinación del Jurado —que sí se ha pronunciado acerca de ellos— y la providencia en que se enunciaron”.

“Así es preciso declararlo, en vista de la dificultad de orden práctico que se suscita al tratar de cumplir el mandato del artículo 570 (letra a) del Código de Procedimiento Penal, cuando en los juicios en que interviene el Jurado se alega en casación el primer motivo de la causal 3ª”.

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

#### Causal cuarta

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

Impugna el recurrente la sentencia del Tribunal, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, nulidad que deduce del contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse sometido a la consideración del Jurado la circunstancia modificadora —complicidad correlativa— del artículo 385 del Código Penal, hecho que fue materia de especial pronunciamiento en el respectivo auto de proceder.

“El auto de proceder —dice el recurrente— fue reformado o aclarado por el Tribunal en el sentido de declarar, como en efecto declaró, que el homici-

dio de que aquí se trata, fue un homicidio de complicidad correlativa o sea aquél de que habla el artículo 385 del C. P.”.

“No obstante esta terminante declaración del Tribunal, el señor Juez de Cúcuta, a sabiendas de que no podía hacer tal cosa, por sí y ante sí, la desobedeció y resolvió reformar de hecho por su cuenta el auto de proceder, reforma que hizo por primera vez, cuando redactó los cuestionarios que sometió al jurado, en los cuales prescindió de someter a su consideración la circunstancia especial en que el homicidio se cometió, o sea aquélla que contempla el dicho Art. 385 del C. P. y formuló unos cuestionarios como si el homicidio fuera aquél a que se refiere el artículo 362 ibídem. Reformó igualmente el mismo auto, cuando dictó sentencia, desconociendo estas mismas circunstancias que habían sido declaradas desde el auto de proceder”.

#### Se considera:

Gonzalo Rojas Ortega y José Alfonso Pabón Rincón fueron llamados a responder en juicio como coautores de un delito de homicidio “simplemente voluntario o de propósito” y en estas condiciones (expresó el Juzgado) no hay autor principal porque la responsabilidad los cobija por igual a los dos señalados en estas diligencias”.

Pero el Tribunal al revisar dicha providencia reformó, y al estudiar la modalidad jurídica expresó que los hechos “no dan margen para deducir una coautoría codelincuente, ocasional y recíproca, sino que configura, jurídicamente, un caso de evento de complicidad correlativa en los términos del artículo 385 del Código Penal”, y posteriormente concretó su pensamiento así:

“En el caso que se examina, tanto Rojas Ortega como Pabón Rincón intervinieron en la comisión del homicidio investigado, pero no es posible determinar cuál de los dos fue su autor, debido a que tanto las lesiones inferidas por el primero como las causadas por el segundo fueron de carácter esencialmente mortal y, en tales condiciones, ambos deben responder correlativamente al homicidio, en los términos del precepto transcrito”.

“Es esta la situación jurídica que mejor se acomoda al ordenamiento procesal. . .”.

“Estando pues, demostrados los elementos objetivos y subjetivos del delito que se le imputa al procesado apelante, habrá de confirmarse el auto recurrido como lo solicita el Ministerio Público, pero bajo la modificación jurídica que se dejó anotada en anterior acápite de este fallo”.

El auto de proceder con la reforma que le hizo el Tribunal quedó ejecutoriado, se convirtió

ley del proceso, y durante la causa ni en su término probatorio, se adujeron elementos de convicción capaces de modificar esa situación jurídica, por consiguiente, ese auto adquirió el carácter de norma de imperativo cumplimiento para el juzgador de instancia, el cual debía servir de base o pauta para la elaboración de los respectivos cuestionarios que en la audiencia pública deberían someterse a la consideración del Jurado.

Pero al Jurado se le interrogó así:

“El acusado José Alfonso Pabón Rinçon, es responsable sí o no, de haber ocasionado la muerte, con intención de matar y a consecuencia de las heridas descritas en la diligencia de autopsia, a Abelardo García Rodríguez, hecho realizado como a las diez y media de la noche del cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en el punto denominado “La Perla” del Corregimiento de “Barrientos” de la comprensión municipal de Arboledas?”.

Esta pregunta fue absuelta por el Jurado con un “sí” afirmativo.

Es de notar que en la redacción del cuestionario, se omitió someter a la consideración del Jurado la circunstancia modificadora de la responsabilidad, reconocida por el Tribunal en relación con el artículo 385 del Código Penal.

Este veredicto sirve de fundamento para sancionar el delito con la norma del artículo 362 del Código Penal, sin tener en cuenta la disposición del artículo 385 que contempla la modalidad de la complicidad correlativa, reconocida en auto de veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, y defendida por el Fiscal del Juzgado en la diligencia de audiencia, cuando al comentar el auto del Tribunal afirma “no se quiere decir en tal providencia que los procesados no son responsables, sino por el contrario que ambos son responsables, pero que están en el caso de una complicidad correlativa, en virtud de la cual se atenúa su hecho y tiene una rebaja en la aplicación de la sanción”.

Pero tanto el Juzgado como el Tribunal incurrieron en este grave error, y en vez de hacer uso de la facultad conferida por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, omitieron considerar la modalidad del artículo 385 del Código Penal, porque tal pronunciamiento no fue incluido en la parte resolutive del auto que reconoció el de llamamiento a juicio.

Dispone el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que los cuestionarios que el juez someta a la consideración del Jurado deben versar sobre el hecho o

hechos materia de la **causa conforme al auto de proceder**, determinando las circunstancias que lo constituyan sin darles denominación jurídica alguna. La Corte al interpretar esta disposición ha sostenido como tesis jurisprudencial, que en los cuestionarios no sólo deben incluirse los cargos formulados en el auto de proceder, sino también todas aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que resulten probadas dentro del juicio, ya que sólo en esta forma el Jurado puede cumplir a cabalidad con la misión de juzgadores impuesta por la ley en su artículo 499 del Código de Procedimiento Penal.

Si el Jurado es la entidad que califica el hecho y determina la responsabilidad, y si éste es quien debe pronunciarse sobre todas las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma, no puede obtenerse un veredicto que consulte la verdad material del proceso y sea un reflejo exacto de los hechos debatidos, cuando el Juez en la redacción de los cuestionarios no tiene en cuenta las circunstancias favorables a los intereses del procesado, porque esa omisión atenta contra las bases esenciales del proceso, ya que —prácticamente— conduce a la violación de las garantías constitucionales consagradas por el artículo 26 de la Carta, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la **plenitud de las formas propias de cada juicio**.

En los juicios por Jurado, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia, son actos que están o deben estar íntimamente relacionados entre sí, mediante una vinculación lógica de causa a efecto, en tal forma que la sentencia debe ceñirse al veredicto que es su fundamento inmediato, y éste al auto de proceder o a las pruebas del juicio, diligencias éstas que sirven de norma al juzgador para redactar los correspondientes cuestionarios.

La relación de estos actos procesales crea normas a las cuales debe atemperarse el juzgador, no sólo en lo relativo a la sentencia sino también en el planteamiento de las cuestiones que el Jurado debe resolver; en esta forma el Juez no puede someter a la consideración del Tribunal popular sino los hechos y las circunstancias modificadoras o excluyentes de la responsabilidad que previamente se hayan comprendido y calificado dentro del sumario, o aquéllas cuya demostración o desplazamiento hubieran sido objeto de debate dentro del juicio. Por regla general, la omisión proveniente del hecho de no someter a la consideración del Jurado circunstancias que previamente fueron recono-

cidas por los juzgadores de instancia es tan grave que la mayoría de las legislaciones dentro del recurso extraordinario de casación consagran este motivo como causal de impugnación de la sentencia, con la finalidad —ha dicho la Corte— de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó —el de defenderse oportunamente de los cargos que se le adujeron en el auto de proceder y no de otros— y que la Constitución garantiza en virtud de la norma, según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio.

“Si esa armonía se rompe —dice la Procuraduría— porque el Juez formula los cuestionarios arbitrariamente, saliéndose del auto de proceder y consignando circunstancias distintas a las allí determinadas, sencillamente viola con ello el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que indica la manera clara cómo debe redactarse el interrogatorio que han de absolver los jurados. Y en esa forma impide que éstos puedan calificar los hechos punibles materia del debate, como lo manda el artículo 480 del Código de Procedimiento”.

“Y al condenar a una persona en tales condiciones, sin el lleno de las fórmulas propias del juicio, se infringe el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento”.

“Tal lo ocurrido aquí. Al acusado-recurrente se le reconoció en su favor, en el auto de proceder, la modalidad que prevé el artículo 385 del Código Penal, y esa circunstancia modificadora no fue incluida en el cuestionario. Por esa razón, el Jurado no se pronunció sobre ella, debiendo haberse pronunciado por mandato de la ley”.

El Tribunal, en el pliego de cargos que contiene el auto de proceder, imputó al procesado la realización de un homicidio dentro de las circunstancias previstas por el artículo 385 del Código Penal, que disminuye la pena de una sexta parte a la mitad; esa modalidad —complicidad correlativa— debió incluirse en el respectivo cuestionario para que el Jurado dentro de su autonomía, sin traicionar los intereses del procesado y los de la sociedad se hubiera pronunciado sobre el particular, cumpliendo en esa forma la misión que la ley les ha confiado (artículos 480 y 499 del Código de Procedimiento Penal).

Esta omisión que implica el quebrantamiento de las garantías esenciales del proceso penal, no solamente es violatoria del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, sino del precepto constitucional contenido en la norma del artículo 26 de la Carta, ya que un

juicio viciado de nulidad en sus bases fundamentales, no tiene ni puede tener vida jurídica, porque los vicios que lo afectan son constitutivos de nulidades sustanciales o absolutas, y nada más esencial en el proceso penal que garantizar la defensa de los derechos del procesado. Privar al sindicado o sindicados de la defensa de los cargos que se le imputaron en el auto de proceder; o no tenerlos en cuenta cuando disminuyen o atenúan la responsabilidad, es un error que conlleva el vicio de haberlos juzgado sin la observancia de las formas propias del juicio.

“Las nulidades constitucionales deducidas de interpretación del artículo comentado —ha dicho la Corte— no se hallan consagradas en las disposiciones de los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, pero esto no obsta para que se reconozcan y declaren cuando existen. Su reconocimiento no depende de que ellas se encuentren establecidas en las disposiciones de la ley, sino de la violación de una norma de superior jerarquía o sea de la Constitución, como sería la proveniente de la imposición de una sanción sin la observancia de las normas propias del juicio, o de la sentencia que condena a un reo indefenso, bien sea porque éste era incapaz para defenderse o porque no tuvo un abogado que ejerciera dicho cargo”.

Es evidente que Gonzalo Rojas Ortega y José Alfonso Pabón Rincón fueron condenados por el Tribunal a la pena de ocho años de presidio como responsables de la muerte de Abelardo García Rodríguez y que contra ese fallo sólo interpuso recurso de casación Pabón Rincón, de manera que en este supuesto el fallo debería favorecer únicamente a la parte recurrente. Pero cuando el proceso se invalida por la existencia de una nulidad constitucional, el beneficio que obtiene la parte recurrente aprovecha a los no recurrentes, porque no es justo ni jurídico que un juicio que es nulo y sin valor para unos sea válido y produzca consecuencias jurídicas y perjudiciales para otros.

“Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos —ha dicho la Corte— y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad”.

“No sería lógico ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo, repugnaría un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor, se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, co-

todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco (en este caso complicidad correlativa, añade la Sala) y sin mediar ningún hecho o circunstancia, diferencia que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común. La jurisdicción viene a ser también indivisible en casos como éste, así para la Corte como para los juzgadores de instancia”.

Por este motivo la causal alegada prospera.

La nulidad debe declararse a partir del auto que señaló fecha para el sorteo general de jurados, pues los que actuaron en este proceso se hallan impedidos según lo dispuesto por el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal.

No se hace ninguna consideración sobre la causal primera para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 538 del Código Judicial.

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, INVALIDA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona, con fecha siete (7) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se condena a Gonzalo Rojas Ortega y José Alfonso Pabón Rincón, a la pena principal de nueve años de presidio y accesorias consiguientes.

En consecuencia, declárase nulo lo actuado en el presente proceso, a partir del auto de siete (7) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete inclusive, en adelante, para que se reponga el procedimiento y se corrijan los vicios anotados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## ABUSO DE AUTORIDAD. — OMISIÓN O RETARDO EN EL CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES PÚBLICAS

La norma del artículo 172 sanciona los actos del funcionario o empleado público que en ejercicio de sus funciones OMITA, rehuse o retarde realizar o cumplir un acto al cual legalmente esté obligado. La omisión por inobservancia de un precepto, que contiene un mandato de imperativo cumplimiento, impide que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento de un deber, y ese acto negativo, puede dar origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

“La omisión —ha dicho la Corte— es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al incumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda, la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le impone el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse”.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, consulta la sentencia de fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho por la cual, “ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Julio César Martínez en relación con los hechos imputados, como delitos de responsabilidad”.

Cumplidos los trámites procedimentales, recíbilada la vista del Agente del Ministerio Público se procede a su estudio.

### Hechos

En memorial de 13 de julio de 1946, Carlos Arce solicitó al Juzgado del Circuito de Urrao, decretara el embargo y secuestro preventivo de un establecimiento o cantina denominada “El otro café” de propiedad de José Castaño. Como fundamento de la acción presentó una letra de cambio por valor de \$ 1.500.00: que manifestó ser la obligación exigible, que el deudor se hallaba en mala situación de negocios y que los “aceptantes o deudores de la letra se habían ausentado de dicho municipio”.

En auto de julio 13 del mismo año, el Juzgado se abstuvo de decretar el embargo y secuestro preventivo, porque los artículos 274 y 982 del Código Judicial exigen la presentación de un documento actualmente exigible, y que no teniendo la letra, base de la acción, el carácter de exigible no podía acceder a lo pedido.

De esta providencia se pidió reposición y al memorial en que se hace dicha solicitud, se adjuntaron las declaraciones de Joaquín Montoya y Rodrigo Arroyave A. “testigos que aseveran encontrarse el deudor José Castaño y su cónyuge, en notoria (sic) estado de insolvencia”. Con base en estas declaraciones el Juzgado en auto de 19 de julio de 1946, decretó el secuestro preventivo del establecimiento administrado por José Castaño y comisionó para la práctica de dicha diligencia al Juzgado Municipal.

### Denuncio

El 9 de septiembre de 1946, ante el Alcalde Mu-

nicipal de Urrao, José Castaño formuló denuncia criminal contra los señores Carlos Arcila y doctor Julio César Martínez; al primero, le imputa un delito contra la propiedad, y al segundo, le hace el cargo de ser cómplice y auxiliador en ese delito; también, lo sindicó de la comisión de un delito de abuso de autoridad por extralimitación de funciones.

Afirma el denunciante que celebró un negocio de compra-venta del establecimiento o cantina de Arcila por valor de \$ 1.500.00, con plazo de un año contado del primero de mayo último en adelante, obligación que respaldó por medio de una letra, y légo expresa:

“El señor Arcila sin vencerse aún el plazo y sin yo estar presente, solicitó un embargo o secuestro preventivo, y fue así como el señor Juez de este Circuito, de manera arbitraria, desoyendo el mandato de la ley, procedió al embargo o secuestro, haciéndole entrega a Arcila de todos mis haberes. Hoy que regreso a esta población, encuentro que el local, que dicho sea de paso, aún corre por mi cuenta, está totalmente desocupado y que mis haberes fueron vendidos por el señor Arcila, sin que para ello lo acompañara derecho alguno”.

Posteriormente en memorial de 19 de noviembre de 1946 —dice el denunciante— que “al verificarse el secuestro por orden del señor Juez del Circuito fue roto el candado y antes de llevarse a cabo la diligencia se sustrajeron el dinero y otros muchos más bienes que no aparecieron en tal inventario” y les imputa la comisión de un delito de robo.

#### Sentencia del Tribunal

El Tribunal dice que las actuaciones del doctor Martínez, Juez del Circuito de Urrao, fueron ceñidas a las normas legales, que los hechos realizados no son constitutivos de ninguna infracción penal, ya que no se hallan configurados los elementos del delito, bien sea que se los examine por la modalidad de un prevaricato o de un abuso de autoridad.

“Por consiguiente —sostiene el Tribunal—, si el doctor Martínez obró en cumplimiento de claras disposiciones legales y sin excederse en las facultades que ellas le confieren, su acto para una persona ignorante, puede tener la apariencia de un delito, pero dentro de la regulación jurídica del país y en armonía con el artículo 25 del estatuto penal sustantivo está perfectamente justificado y por ello carece de toda fisonomía delictuosa”.

#### Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público comparte las

apreciaciones jurídicas del Tribunal en cuanto hace referencia al problema de la responsabilidad y dice:

“Evidentemente, no se encuentra a través de la investigación prueba de que el funcionario a quien se sindicó de prevaricato, fuera inducido a dictar la orden de secuestro preventivo, por simpatía hacia unos interesados, o por animadversión hacia otros”. Pero discrepa en cuanto al procedimiento adoptado por el Juzgado en relación con la acción accesoria de secuestro y embargo preventivo, como más adelante se verá.

Se considera:

El embargo y secuestro preventivo de bienes muebles es una medida consagrada por la ley para garantizar las acciones y derechos del presunto acreedor contra los actos del deudor que tienda a hacer desaparecer el respaldo de sus obligaciones. Pero el ejercicio de este derecho no es absoluto e ilimitado, él está restringido y condicionado por la misma ley al cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, para que el ejercicio de la acción tenga plena vida jurídica ante la ley.

El que ha demandado o intenta demandar a otro para el cumplimiento de una obligación personal puede pedir el embargo y secuestro de bienes muebles del demandado o presunto demandado en cantidad suficiente para seguridad del pago, a fin de que el juicio no sea ilusorio en efectos, dice el artículo 274 del Código Judicial.

Pero el ejercicio de la acción preventiva a que hace referencia el artículo citado se condiciona al cumplimiento previo de estas exigencias: a) Que el acreedor presente o haya presentado una prueba, plena o sumaria de la existencia del crédito con calidad de exigible; b) Que afirme uno de estos hechos: que el deudor está en mala situación de negocios, que se ha ausentado o haya temor fundado de que se ausente sin dejar un representante legal, o que trate de eludir el pago de la obligación; y c) Que el demandante o presunto demandado (sic) caucione —mediante fianza— los posibles perjuicios que se podrían ocasionar al demandado o terceros con el secuestro y embargo preventivo.

Cuando se trata de exigir el cumplimiento de una obligación personal, debe acompañarse el documento o la prueba sumaria de que el **crédito tiene la calidad de exigible**, porque el pago de la obligación no puede exigirse al deudor antes de expirar el plazo que es la época que se fija para el vencimiento de la obligación; a menos que el deudor se halle dentro de alguna de las hipótesis enumeradas por el artículo 1553 del Código Civil, y

que esos hechos hayan sido precisamente reconocidos en virtud de una decisión judicial, artículo 1201 del Código Judicial, providencia ésta que constituiría la prueba de la exigibilidad del crédito que se trata de garantizar mediante el ejercicio de una acción preventiva.

Cuando el Juzgado del Circuito en auto de 13 de julio de 1946, se abstuvo de decretar el secuestro y embargo preventivo porque el documento presentado como base de la acción impetrada, no era exigible, pues "no es una letra de plazo vencido" estaba cumpliendo la ley y haciendo respetar la voluntad de las partes que era la norma del contrato.

Pero cuando esa providencia se modifica por la orden de secuestro preventivo —auto de 19 de julio del año citado— el Juzgado, parece, omitía el cumplimiento de un deber impuesto por la ley que obliga al funcionario a abstenerse de decretar la medida accesoria, sino previo el cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 274 del Código Judicial.

Las circunstancias de haber prestado el demandante o presunto demandante caución para garantizar los posibles perjuicios, y la de que se trata "de unas medidas puramente precautelativas que no perjudican al aceptante de la letra y demandado José Castaño" no es razón suficiente para decretar el secuestro de los bienes del presunto demandado, para ello era indispensable que la obligación fuera exigible, pues, esta condición es requisito necesario para el ejercicio de la acción, y es como consecuencia de ésta que se exige la presentación de una caución.

Si el documento base de la acción no tenía el carácter de exigible, la petición hecha al Juzgado con fundamento en el artículo 1553 del Código Civil, no podía ser decretada, lo primero, porque el pago de la obligación no podía exigirse antes de expirar el plazo, y lo segundo, porque la letra no había sido declarada de plazo vencido (artículo 1201 del C. J.) ni tampoco el deudor había sido declarado en quiebra para que en virtud de estas circunstancias las obligaciones del presunto demandado tuvieran el carácter de exigibles, por lo menos, no hay constancia de que se hubiera adelantado juicio alguno sobre el particular, para que procediera el auto que ordena el secuestro de los bienes del presunto demandado.

"En efecto —dice la Procuraduría— el primer auto del Juzgado rechazando el secuestro, está respaldado en la ausencia de la prueba tocante a la exigibilidad de la obligación. Para el Tribunal nin-

gún reparo merece esta negativa, por cuanto la letra de cambio girada por Castaño en favor del acreedor Arcila —aducida como prueba por éste— no podía hacerse efectiva, por falta de varios meses para su vencimiento. Y seis días después (auto de julio 19), mediando tan sólo la prueba de dos testigos que hablan de la insolvencia del deudor y que se había ausentado sospechosamente de la vecindad de Urrao, el Juzgado consideró que la exigibilidad de la obligación era un hecho demostrado y resolvió favorablemente la solicitud de secuestro".

"Este procedimiento es inaceptable y contrario a la ley. En ninguna parte admite la ley civil que pueda demostrarse, por medio de testigos, la existencia de las obligaciones mayores de quinientos pesos (\$ 500.00) (artículos 91 y 92 de la ley 153 de 1887). Menos, muchísimo menos, que tales obligaciones, no siendo exigibles intrínsecamente, puedan hacerse efectivas antes de tiempo, utilizando un medio probatorio tan reconocidamente deleznable".

"Es verdad que el artículo 1553 del Código Civil, citado por el actor en la demanda ante el Juzgado y por el Tribunal en su fallo, menciona al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia, como sometido al cumplimiento de la obligación aún antes del plazo. Pero, para obtener esto, no basta la presentación de dos testigos a quienes les conste la situación anormal en que se encuentra el deudor. Se requiere la tramitación de un verdadero juicio, que debe someterse a lo ordenado en el Título LIV del Código Judicial. Allí se prescribe (artículo 1201) lo siguiente:

"La demanda para que se mejore la hipoteca, o se reponga la prenda, o se declare extinguido el plazo de una obligación, en los casos prescritos por la ley, se manda notificar al demandado, etc. . . .".

"Y como en el expediente no consta que el acreedor de José J. Castaño hubiera obtenido de ninguna autoridad judicial la decisión mencionada, síguese que el artículo 1553 del Código Civil no podía alegarse en beneficio del primero".

"Por tanto, la actuación cumplida por el Juez acusado, doctor Martínez, en lo que se deja expuesto, no tuvo justificación legal".

La norma del artículo 172 sanciona los actos del funcionario o empleado público que en ejercicio de sus funciones omite, rehusa o retarde realizar o cumplir un acto al cual legalmente esté obligado. La omisión por inobservancia de un precepto, que contiene un mandato de imperativo cumplimentado, impide que la acción tenga una forma real y

ctiva que se traduce en el incumplimiento de un deber, y ese acto negativo, puede dar origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

“La omisión —ha dicho la Corte— es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al incumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer ineficaces los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le imponen el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan la idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse”.

Es evidente que examinados los hechos por el aspecto de un delito de prevaricato, las imputaciones hechas al doctor Martínez no tienen fundamento, pero si como lo afirma el Procurador, el pro-

cedimiento adoptado por el Juez “es inaceptable y contrario a la ley” y si esa actuación “no tuvo justificación legal” es indispensable que antes de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en el sumario se ventilen estos hechos, porque sólo la explicación de ellos puede justificar el procedimiento.

Por tanto, es necesario darle oportunidad al sindicado para que explique su proceder para lo cual debe recibírsele declaración indagatoria sobre los cargos que el denunciante formula en contra de sus actuaciones.

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, REVOCA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Julio César Martínez en relación con los hechos imputados como delitos de responsabilidad, y en su lugar ordena que se adelante la investigación por los hechos denunciados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## CAUSALES PRIMERA Y TERCERA DE CASACION.—REQUISITOS PARA QUE LA RIÑA OBRE DENTRO DEL PROCESO COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE

1.—Si el recurrente consideró que la sentencia del Tribunal de instancia estaba en desacuerdo con el veredicto del jurado, por cuanto que en la respuesta de éste se agregó como explicación que el delito había sido cometido en riña, sin mencionar lo imprevisto de la misma, que es la única modalidad susceptible de atenuar la responsabilidad en el caso, la causal que debió proponer a la consideración de la Corte no era otra que la contemplada en el ordinal 3º del artículo 567.

Al invocar la causal primera por violación de la ley penal, alegando que el Tribunal de instancia debía condenar al reo sin tener en cuenta la riña, que reconoció el jurado, resulta indudable que el recurso de casación fue mal formulado, pues la causal primera, según doctrina constante de la Corte, apenas debe invocarse como subsidiaria de la causal tercera, que debió presentarse en este caso como principal.

2.—De conformidad con el mandato del artículo 568 del C. de P. P., el recurso de casación está limitado, puesto que oficiosamente no es posible que la actuación del recurrente obligue a la Corte a revisar en toda su plenitud el fallo de instancia, porque de otra suerte tal recurso dejaría de ser extraordinario, como lo es, para no distinguirse en forma alguna de la simple apelación, en el cual sí cabe que el superior analice por todas las fases el fallo que revisa, sin limitación distinta a la de encontrar la legalidad del mismo.

De ser otra la doctrina, el recurso no sería diferente de una tercera instancia, y los fines extraordinarios que la ley se propuso al crearlo, no tendrían existencia alguna.

3.—El veredicto apenas agregó a la afirmación de la responsabilidad del reo en el homicidio porque respondiera en juicio, que la muerte de Julio Ramírez —debida a un error o accidente al disparar contra Eduardo López—, había sido en riña. Pero es notorio que esta sola explicación no autoriza consi-

derar aquel delito como incluído en una modalidad atenuante, porque para que ésta actúe en el proceso, es preciso que el combate singular, que caracteriza aquella circunstancia, sea imprevisto, esto es, que surja sin preparación y sin ánimo preconcebido de que se realice.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y nueve.  
(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

### Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Mesías Salazar a la pena principal de ocho años de presidio como autor de la muerte de Julio Ramírez.

El defensor del procesado Salazar interpuso el recurso de casación contra el fallo, y ante la Corte presentó la respectiva demanda, en la cual invoca la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

### Hechos y actuación judicial

En las horas de la mañana del día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el caserío de Piedrasentada, jurisdicción del municipio de Patía, se hallaban congregados muchos vecinos con ocasión del mercado público. En la cantina de Lorenzo Angulo se encontraban algunas personas, entre las cuales estaba el ciudadano Eduardo López. En un momento dado se presentó allí Mesías Salazar en avanzado estado de embriaguez y le ofreció una cerveza a Eduardo López, cobrándole también una suma de dinero que éste le adeudaba. López quiso pedirle excusas a Salazar, pero éste en tono exaltado lo ultrajó, amenazando con sacar un arma de fuego que llevaba consigo. A pesar de todo, López no reaccionaba y soportaba los ultrajes y provocaciones que Salazar le hacía, hasta que, percatándose de que su provocador portaba arma, resolvió acep-

arle la riña, pero con la condición de que fuera mano limpia, interviniendo entonces terceras personas, que lograron evitar este encuentro.

Más tarde y en otra cantina del mismo caso, Mesías Salazar llamó a Eduardo López y le ofreció otra cerveza que el último aceptó; pero antes de que éste terminara de beberla, Salazar nuevamente reiteró los ultrajes de palabra para López e intentó dispararle con su pistola; entonces Eduardo, ante el peligro que corría, desenfundó su peinilla que llevaba en la montura de su caballería y con ella le propinó a Salazar dos planazos iriéndolo levemente en la cabeza y en la mano izquierda, y aprovechando la momentánea imposibilidad de Mesías Salazar, corrió hacia la casa del frente y se situó en la puerta de la misma, con la peinilla en la mano, mientras algunos amigos procuraban calmar a Salazar. A pesar de la actitud de López, Salazar, a distancia, disparó su arma por dos veces contra Eduardo, sin herirlo, pero habiendo alcanzado con uno de los proyectiles Julio Ramírez, a quien hirió en el pecho en momentos en que éste, desprevenidamente montaba en su caballo, causándole la muerte inmediata.

El Juzgado Segundo Superior de Popayán dictó auto de proceder contra Mesías Salazar por el delito de homicidio simplemente voluntario, providencia ésta que fué confirmada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, en cuyo auto se lee lo siguiente:

“En lugar de legítima defensa lo que aparece es una riña en etapas provocada por Salazar, en la cual éste salió herido y dio muerte a un tercero extraño a la contienda”.

Finalmente, el Juzgado Superior del conocimiento, en sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, condenó a Mesías Salazar a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, fallo que también recibió confirmación del Tribunal de la segunda instancia, en sentencia de ocho de marzo del año próximo pasado, que es materia del recurso de casación.

#### Causal de casación invocada

El recurrente invoca ante la Corte la causal primera del artículo 567 del Código Procesal Penal. **Errónea e indebida aplicación de la ley penal.**

Para sustentar su demanda, el señor defensor del procesado hace el siguiente razonamiento:

“Tanto el fallador de la primera instancia como el honorable Tribunal Superior de Popayán, des-

conocieron este hecho (el de la riña) al aplicar el artículo 362 del Código Penal. Porque es lógico que si el jurado hubiese querido decir de un homicidio simple, habría respondido SI sin más aditamento. Y si como lo sostiene el Tribunal de Popayán hubiera considerado que la riña había sido provocada por Salazar, lo habría dicho. Por eso es lógico concluir que al agregar en el veredicto la expresión EN RIÑA, quiso atenuar la responsabilidad penal del encausado. No es posible interpretar los hechos con un criterio primitivo o inquisitorio para tratar de deducir que cuando el Jurado afirma que el homicidio se cometió en riña, no quiso decir nada. Esto equivaldría a resolver una duda en contra del sindicado y quitar al jurado parte de su soberanía”.

#### Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al referirse a la anterior demanda de casación, para contestar el traslado que de la misma se le corrió, dice:

“Del contenido de la demanda se deduce que lo alegado por el señor defensor es un desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, por cuanto el Tribunal no acogió la riña reconocida por los jueces de hecho.

“En tal virtud, el recurrente ha debido invocar la causal tercera de casación, porque es ella, precisamente, la que prevé ese desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

“En estos procesos por jurados, la pena se aplica conforme a la calificación de los hechos punibles que haga el tribunal popular. No se puede, por tanto, discutir en casación circunstancias modificadoras de la responsabilidad ni la ley penal pertinente al caso, si primero no se plantea lo relativo al veredicto del jurado, con base en la causal tercera. Esta toma un carácter principal en el recurso extraordinario, y la primera causal sólo debe invocarse como consecuencia.

“La casación es un recurso exigente y de elevada juridicidad, por cuanto representa una controversia entre la ley y una sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Justicia. Por eso, la demanda debe contener requisitos de forma y requisitos de fondo, uno de los cuales consiste en la invocación de la causal pertinente al punto debatido. Si se involucra un motivo en otro, si no se analiza jurídicamente la tesis planteada ante la Corte, y, en fin, si el libelo no se ajusta estrictamente a las exigencias del artículo

531 del Código Judicial, en armonía con el 79 del de Procedimiento Penal, el recurso fracasa, aunque las críticas del actor hagan ver que el Tribunal incurrió en error en la aplicación de la ley".

Se considera:

Con sobra de razón lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal, si el recurrente consideró que la sentencia del Tribunal de instancia estaba en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por cuanto que en la respuesta de éste se agregó como explicación que el delito había sido cometido en riña, sin mencionar lo imprevisto de la misma, que es la única modalidad susceptible de atenuar la responsabilidad en el caso, la causal que debió proponer a la consideración de la Corte no era otra que la contemplada en el ordinal tercero del artículo 567.

Al invocar la causal primera por violación de la ley penal, alegando que el Tribunal de instancia debía condenar al reo sin tener en cuenta la riña, que reconoció el jurado, resulta indudable que el recurso de casación fue mal formulado, pues la causal primera, según doctrina constante de la Corte, apenas debe invocarse como subsidiaria de la causal tercera, que debió presentarse en este caso como principal.

Así las cosas, es de necesaria aplicación aquí la norma del artículo 568, en virtud del cual "la Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

De conformidad con éste mandato de la ley, el recurso de casación está limitado, puesto que oficiosamente no es posible que la actuación del recurrente obligue a la Corte a revisar en toda su plenitud el fallo de instancia, porque de otra suerte tal recurso dejaría de ser extraordinario, como lo es, para no distinguirse en forma alguna de la simple apelación, en el cual sí cabe que el superior analice por todas las fases el fallo que revisa, sin limitación distinta a la de encontrar la legalidad del mismo.

De ser otra la doctrina, el recurso no sería diferente de una tercera instancia, y los fines extraordinarios que la ley se propuso al crearlo, no tendrían existencia alguna.

"Es grave error —dijo la Corte— dar al recurso de casación el carácter de una nueva instancia: la casación es una verdadera recusación; un recurso extraordinario que difiere esencialmente del de apelación y en el cual la Corte no puede fundamentar oficiosamente sus fallos en causales que no hayan sido alegadas o que no estén pre-

vistas por la ley, o en motivos distintos de los que aleguen los recurrentes, sino que debe ajustarse estrictamente a los términos de las demandas y de sus ampliaciones y a las causales que la ley enumera taxativamente. Si se tratara de una tercera instancia, bastaría que se interpusiera el recurso, sin que se expresaran sus fundamentos; en tal caso esto último podría considerarse como conveniente para ilustrar el criterio de la Corte, mas no como indispensable para que pudiera prosperar el recurso" (Tomo XXXIV, 21).

Por otra parte, aún habiéndose aducido la causal tercera tampoco podría prosperar el recurso. Ello porque el veredicto apenas agregó a la afirmación de la responsabilidad del reo en el homicidio porque respondiera en juicio, que la muerte de Julio Ramírez —debida a un error o accidente al disparar contra Eduardo López—, había sido en riña. Pero es notorio que esta sola explicación no autoriza considerar aquel delito como incluido en una modalidad atenuante, porque para que ésta actúe en el proceso, es preciso que el combate singular, que caracteriza aquella circunstancia, sea imprevisto, esto es, que surja sin preparación y sin ánimo preconcebido de que se realice.

En diversos fallos la Corte ha mantenido esta doctrina:

"Los elementos constitutivos de las circunstancias modificadoras generales o específicas taxativamente enunciadas en la ley, deben haber sido planteadas en toda su integridad dentro de la respuesta del jurado para que la sentencia al recogerlos haga la aplicación penal que sea conducente a cada uno de estos casos. La respuesta del jurado que simplemente hable de riña, deja por fuera un elemento fundamental en este fenómeno modificador de la responsabilidad y de la sanción cual es la imprevisión por parte del provocado a la riña que se suscite entre dos o más personas. En consecuencia, no siendo la riña conforme al estatuto penal vigente, como lo era antes, un hecho de por sí constitutivo de delito, su afirmación simple dentro de un veredicto ni quita ni pone al hecho sustancial porque apenas queda como una explicación complementaria de éste.

"Además, la sentencia como es sabido, debe acomodarse a la respuesta del veredicto por cuanto éste es el antecedente inmediato de aquella. El Juez no podría rebasar los límites, ni en pro ni en contra, de lo que el veredicto contiene porque esta actitud sería contraria al derecho e invadiría los fueros puramente morales o de conciencia en que se mueve el jurado". (Casación de José de la

z Barreto de 6 de febrero de 1946, G. J. Tomo IV, números 2060 a 2061, página 164).

Las citas que se han hecho de la jurisprudencia la misma Corte, no son susceptibles de modificación alguna, no empece al criterio del demandante, para quien "se está creando férrea jurisprudencia que tiende a deshumanizar la ley despojando los más elementales derechos de los que tienen la desgracia de comparecer en juicio". Lo que sucede es que en casación lo que verdaderamente está en tela de juicio, es la sentencia del tribunal de instancia. Por ello es indispensable que el recurso se sustente con una demanda que satisfaga integralmente todos los requisitos que la ley exige para que el recurso tenga efectividad. Si en las instancias, los alegatos de las partes, tenidos en cuenta en las instancias, los que sirvieran para fundamentar el recurso, éste sobraría, por cuanto debe haberse que fueron ya apreciados en los distin-

tos grados de jurisdicción que sufriera el proceso, dentro de los recursos ordinarios.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de conformidad con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual condenó a Mesías Salazar a la pena principal de ocho años de presidio como autor de la muerte de Julio Ramírez, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretarió.**

## RIÑA Y GRAVE E INJUSTA PROVOCACION.— DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA

1.—Debe la Corte principiar por hacer la debida separación entre las dos circunstancias de la riña imprevista y la provocación, que el demandante engloba y parece confundir al invocarlas conjuntamente. La riña, como esta Sala lo ha dicho muchas veces, es una pelea o combate entre dos o más personas; es un cambio de golpes que, cuando es imprevisto, constituye una circunstancia modificadora de la responsabilidad y atenúa las sanciones; la provocación es un hecho o palabra que irrita o lesiona a otro y le causa ira o dolor y que, cuando es injusta y alcanza la categoría de grave, constituye otra circunstancia modificadora de la responsabilidad y también atenúa las sanciones. Pero no son idénticas, ni pueden confundirse, ni mucho menos, invocarse conjuntamente, al menos por lo general.

Otra cosa es que una provocación pueda ser causa de una riña: la provocación será la ofensa o agravio de palabra o de obra, la causa que engendra la riña; la riña es la pelea o contienda que de aquella ha podido nacer. Pero como quien interviene en una pelea es porque de ordinario provoca o ha sido provocado y como la riña para que sirva de causa de atenuación ha de ser imprevista, síguese que por lo común servirá de pauta para saber si hubo riña imprevista averiguar primero si quien intervino en ella ha sido provocador o ha sido provocado, y esta figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial.

2.—Hacer rondar una casa en donde se sospecha que están ocultos los bienes que alguien ha perdido, no constituye una provocación injusta y grave, porque es una medida consagrada por la ley para esas ocurrencias.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

## Vistos:

El Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de 31 de agosto último, condenó a Argemiro Paz Zapata a la pena principal de dos años de presidio y multa de doscientos pesos, como autor del delito de lesiones personales cometido en Esteban Orejuela Molina.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado e invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento.

## Hechos

Relata el Tribunal que Esteban Orejuela Molina perdió un poco de cacao que tenía en su casa, situada en San Jacinto, de la jurisdicción del municipio de Caloto y, como sospechaba que el autor de la sustracción había sido Argemiro Paz Zapata, logró que se practicara una ronda. Ese hecho causó indignación a Paz Zapata, quien se presentó en la casa de Orejuela Molina, el 5 de agosto de 1947, con el fin de reclamarle y, después de un cambio de palabras ofensivas, le dio un machetazo en la mano derecha, que le produjo algunos días de incapacidad y una perturbación funcional permanente que consiste "en la limitación de los movimientos de extensión" del dedo pulgar de la mano derecha.

## Actuación procesal

El Juzgado de Santander, en auto de 27 de noviembre del mismo año (1947), llamó a juicio criminal a Paz Zapata, por el delito de lesiones personales, pero anota en la parte motiva que el hecho no se había perpetrado en riña ni en estado de intenso dolor causado por provocación grave e injusta.

Este proveído fue confirmado por el Tribunal en auto de 11 de febrero del año pasado, en el cual se declara que no era "posible aceptar circunstancia modificadora de la responsabilidad", esto es, ni la provocación injusta y grave, ni la riña imprevista.

El Juzgado, en sentencia de 8 de abril, y aunque no se habían allegado pruebas que hicieran cambiar la situación del procesado, conceptuó que sí había habido provocación grave e injusta por parte del ofendido y por eso lo condenó a la pena principal de ocho meses de presidio y multa de sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos.

Pero el Tribunal, en la sentencia que se revisa, hizo notar que la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código —estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación— había sido desechado en el auto de proceder de ambas instancias, sin que los elementos de juicio hubieran tenido modificación alguna durante la causa. Por ello elevó la pena a dos años de presidio y doscientos pesos de multa.

#### **Causal segunda: errada apreciación de los hechos**

Dice el demandante que no tuvieron en cuenta al dictar la sentencia las modalidades de los artículos 28 y 384 del Código Penal, pues en el hecho concurren las circunstancias de haber mediado riña imprevista y, además, ira causada por grave e injusta provocación, y que así lo demuestran la diligencia de careo entre Paz Zapata y Orejuela (f. 28 v.), y las declaraciones de Marcos Aguilar (f. 9) y Leonor Vidal de Paz (f. 23 v.).

El hecho que dio nacimiento al estado de ira fue la ronda o requisa que Orejuela hizo practicar en la casa de Paz Zapata, sin que hubiera nada que le diera fundamento y, lo que es peor, sin orden de autoridad competente, de tal suerte que, a más de un ultraje al honor, se cometió una violación de domicilio, fuera de que en el momento de los hechos Orejuela le dijo a Paz Zapata que de frente no era capaz de atacarlo, pero que a mansalva y sobreeseguro sí

Tan cierto es que hubo riña imprevista, —agrega— que el Juez de Caloto le otorgó al sindicato la libertad provisional basándose en la existencia de dicha circunstancia de atenuación (fls. 43 v. y 44).

Se considera:

Debe la Corte principiar por hacer la debida separación entre las dos circunstancias de la riña imprevista y la provocación, que el demandante engloba y parece confundir al invocarlas conjuntamente. La riña, como esta Sala lo ha dicho muchas veces, es una pelea o combate entre dos o más personas, es un cambio de golpes que, cuando es imprevisto, constituye una circunstancia modificadora de la responsabilidad y atenúa las sanciones; la provocación es un hecho o palabra que irrita o lesiona a otro y le causa ira o dolor y que,

cuando es injusta y alcanza la categoría de grave, constituye otra circunstancia modificadora de la responsabilidad y también atenúa las sanciones. Pero no son idénticas, ni pueden confundirse, ni mucho menos, invocarse conjuntamente, al menos por lo general.

Otra cosa es que una provocación pueda ser causa de una riña: la provocación será la ofensa o agravio de palabra o de obra, la causa que engendra la riña; la riña es la pelea o contienda que de aquella ha podido nacer. Pero como quien interviene en una pelea es porque de ordinario provoca o ha sido provocado y como la riña para que sirva de causa de atenuación ha de ser imprevista, síguese que por lo común servirá de pauta para saber si hubo riña imprevista averiguar primero si quien intervino en ella ha sido provocador o ha sido provocado, y esta figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial.

En el proceso en estudio se contenta el demandante con enunciar la tesis, sin que explique por qué deben aceptarse las declaraciones que cita, cómo prueban contra la tesis del Tribunal que sí existieron aquellas circunstancias, y ello sólo bastaría, como el Procurador lo anota, para rechazar la causal invocada.

De la diligencia de careo y de las declaraciones que el recurrente cita, no se deduce la riña imprevista ni la provocación de que habla el Código para el procesado. Este no puede hablar de riña imprevista, cuando fue él quien anduvo en busca de Orejuela a tomarle cuentas de por qué había hecho rondar su casa en busca del cacao que había perdido, lo cual, para la persona menos previsiva, hacía pensar en el desénlace que los hechos tuvieron.

En cuanto a las expresiones injuriosas cruzadas en el momento de los sucesos, ellas no fueron sino consecuencia del primer acto de Paz Zapata de haber acudido en forma amenazante a preguntarle a Orejuela el por qué de sus averiguaciones por medio de rondas en busca de sus haberes perdidos.

Ahora, hacer rondar una casa donde se sospecha que estén ocultos los bienes que alguien ha perdido, no constituye una provocación injusta y grave, porque es una medida consagrada por la ley para esas ocurrencias.

Y sobre el argumento de que tal ronda o requisa se practicó sin los requisitos legales, sin orden de autoridad competente, y que por ello constituyó un ultraje a la honra del procesado y una violación de domicilio, basta con saber que él aceptó

que la ronda o requisa le fuera practicada, lo cual excluye la reacción posterior.

Así, en su indagatoria, después de decir que se le había opuesto a la entrada de Orejuela a la casa de su madre, prosigue:

“Momentos después pasaba el señor Angel Tobias González B. (Personero de este Municipio) y habiéndole manifestado Orejuela sus deseos de practicar la ronda, el señor Personero le prestó la protección, y entonces el señor Personero me solicitó el permiso para dicha ronda, a lo cual accedí gustosamente, porque ya se trataba de una persona autorizada” (folio 8).

Como el Procurador lo observa, tanto el Juzgado como el Tribunal desecharon desde el auto de proceder las dos circunstancias de la riña imprevista y de la provocación, sin que las razones que el recurrente apenas enuncia desvirtúen la tesis de los jueces de instancia.

Respecto al hecho de que el Juez Municipal de Caloto hubiera puesto en libertad provisional al sindicado, con apoyo en la circunstancia de haber actuado en riña imprevista, está contradicha por los autos de enjuiciamiento y la sentencia definitiva, que la desecharon. Es más, el Juzgado de

Circuito de Santander, en providencia posterior al enjuiciamiento, decretó nuevamente la detención preventiva, teniendo en cuenta que a su juicio no había existido la riña.

La causal invocada no puede, por consiguiente, prosperar.

**Causal primera: errada aplicación de la ley penal**

Se apoya en la segunda, o sea, en que no se reconocieron las circunstancias de la riña imprevista y de la provocación. Por consiguiente, no puede prosperar tampoco, no habiendo sido aceptada, como no lo fue, la causal segunda.

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.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

PRUEBA DE LA VIOLENCIA EN EL ROBO. — DIFERENCIAS SUBJETIVA Y OBJETIVA ENTRE HURTO Y ROBO. — VALOR PROBATORIO DEL DENUNCIO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — INTERPRETACION DE LOS NUMERALES 1º Y 2º DEL ARTICULO 37 DEL C. P. — DIFERENCIAS DE LAS DOS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. — REINCIDENCIA. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 34 DEL C. P. — TERCERA REINCIDENCIA. — FUNDAMENTO DE LA CONDENA A RELEGACION A COLONIA PENAL AGRICOLA. — COMPUTO DE LA TERCERA REINCIDENCIA. — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA HABITUALIDAD EN EL DELINCUENTE

1.—Es conveniente insistir en la doctrina de que no es incuestionablemente absoluta la creencia de que sólo mediante la prueba pericial o de ésta acompañada de inspección ocular, puedan establecerse los elementos que dan fisonomía especial a una determinada infracción penal. Es apenas cierto que esas dos categorías de prueba constituyen las más de las veces los medios probatorios adecuados para comprobar los elementos jurídicos que determinan, en cada caso, la infracción dolosa que se haya consumado, y que, dentro de los medios procedimentales, son aquellas pruebas las que más vigorosamente se busca conseguir, porque realizan objetivamente la mejor forma de inquirir ese hecho, demostrándolo sin que quede la menor duda de su existencia.

Como dentro de la teoría general de la prueba todas en el fondo no constituyen sino indicios más o menos graves sobre lo que se intenta establecer con ellas, tanto la inspección ocular como la prueba pericial no las caracteriza sino la circunstancia de que en la primera, es el Juez mismo el que acompañado de peritos, quien por sus propios sentidos externos percibe las huellas, rastros o señales que haya dejado el delito y que sea necesario establecer para su discriminación jurídica, a fin de catalogarlo dentro de las distintas modalidades que pueda presentar y que servirán para darle la denominación legal adecuada.

En cambio, la prueba pericial, bien se considere al perito como un verdadero testigo o como una especie de árbitro o como mero auxiliar del Juez, que de todas estas modalidades puede gozar, como lo anotan los autores, el hecho es que aquella prueba, por par-

ticipar de todas estas características, su valor probatorio está en relación directa con el que dimana de cada una de esas formas de inquirir la verdad que surge de tales categorías, tanto más convenientes cuanto su aparición en el proceso corresponde a las normas que el legislador consagra para dar a ella valor más o menos grande en el grado de credibilidad que otorgan.

Así estimadas las cosas, se ve con cuánta razón anota Dellepiane que "tanto los peritos como el Juez mismo cuando lleva a cabo una inspección ocular, no tienen otra misión que la de buscar, recoger, reproducir, describir y conservar rastros que constituirán, merced al estudio de los mismos verificado por los aludidos funcionarios, verdaderos indicios llamados a producir una prueba indicial".

2.—Es evidente que bien sea desde el punto de vista subjetivo o desde el punto de vista objetivo, estas dos infracciones (hurto y robo) se diferencian fundamentalmente. Ello, porque el agente que sustrae los bienes ajenos, empleando los medios que configuran el robo, desde el punto de vista subjetivo que sirve para distinguir estos delitos, no sólo revela grado de peligrosidad excesivo, sino que da muestras de constituir un grave peligro social, porque su agresiva actitud lo coloca en situación de pasar por encima de todos los obstáculos que el hombre ha puesto para salvaguardar su patrimonio, los que de nada sirven para el ladrón, pues no se detiene ante ninguno ni nada lo arredra para conseguir el logro de sus propósitos.

Y objetivamente también se explica la mayor significación del robo y la determinación del legislador de crear una figura ju-

ridica diferente del simple hurto, con sólo considerar que este último delito se produce en la generalidad de las veces gracias al abandono o descuido del dueño, negligente y confiado, circunstancias que aprovecha el agente para efectuarlo. En cambio en el robo, la cosa se encuentra protegida, amparada y vigilada por la voluntad de su dueño, que ha puesto para su custodia y protección cuantos elementos mecánicos pueden servirle para ese objeto. A pesar de ello y por encima de ellos, por sobre la previsión humana, ni de tal suerte ha conseguido sustraerlos del intento doloso del ladrón, quien para lograr su propósito, violenta todo lo que le impide satisfacer su ánimo dañino. Es por tanto manifiesto que el robo constituye una más grave infracción y por eso se justifica un criterio represivo más riguroso.

3.—Sería verdaderamente extravagante que sólo por no contener el primer denuncia sobre el hecho todas las ocurrencias en que éste pudo realizarse, ya el testimonio del denunciante no tuviera eficacia como medio probatorio para establecerlo, máxime si después amplía su primera declaración, complementándola con los detalles que una más minuciosa inspección del lugar del delito le hayan permitido descubrir en él modalidades que servirán después para darle una fisonomía especial al hecho delictuoso.

4.—La causal segunda de casación por errada interpretación o apreciación de los hechos que hayan influido en la determinación de la sanción, es viable en este proceso, por cuanto no habiendo intervenido en él los jueces de conciencia, puede la Corte entrar en la discriminación de esos hechos a fin de establecer si las razones o motivos que guiaron al Tribunal de instancia, si permiten la valorización de ciertas circunstancias individualizadoras de la pena.

5.—En la Comisión Penal colombiana, revisora de la ley 109 de 1922, que constituye un precioso antecedente del Código Penal en vigencia, al discutirse los numerales 1º y 2º de las circunstancias de mayor peligrosidad que señala el artículo 37, virtualmente semejantes a los que aquella obra denominaba circunstancias agravantes, el doctor Escallón señaló así las diferencias constitutivas entre uno y otro:

“Las condenaciones anteriores, judiciales o de Policía —dice— se refieren a un caso completamente diverso al que contempla el numeral 1º. En el ordinal 2º se define el agravante constituido por anteriores delitos o contravenciones que no constituyan reincidencia; en el ordinal 1º se expresa la conducta moralmente desenfadada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad. No se diga que con esto se invade el campo exclusivo de la moral, porque nadie ha pensado que la vida disoluta o depravada por sí sola constituya delito, sino que se tenga como circunstancia agravante de un delito que en la mayor parte de los casos ha tenido origen en su vida disoluta o depravada, la que se presenta entonces con carácter antisocial que ya no puede ser indiferente para el legislador ni para el Juez”.

Lo transcrito sintetiza, en forma muy completa, la diferencia que existe entre la circunstancia de mayor peligrosidad constituida por las condenaciones judiciales o de policía, que señala el numeral 2º, y los antecedentes de depravación y libertinaje del numeral 1º. De manera que si el Tribunal apreció erróneamente este hecho para determinar la sanción al reo, prospera la causal segunda, fundada en tal circunstancia, porque, de no ser así, indudablemente se violaría la norma NON BIS IN IDEM, que impide castigar dos veces el mismo hecho. Y esto acontecería si los antecedentes del reo, que no hayan constituido todavía motivos para fallos judiciales condenatorios, resultaren apreciados exactamente con el mismo criterio con que éstos lo fueran para agravar la penalidad por el cómputo de reincidencias.

6.—Si el nuevo estatuto penal, que es, como lo dijera uno de sus autores, aproximadamente positivista, prescindiera del concepto del delincuente para efectos de determinar la sanción en cada caso, la índole de la reforma habría quedado trunca, porque el arbitrio otorgado entre los máximos y los mínimos que señala el estatuto habrían propiciado lo que Ferri llamó, para combatirlo, la “dosimetría penal”. Si en algo el Código estuvo influido de manera acorde con las doctrinas que constituyen su contextura ideoló-

gica, es precisamente en la forma como permite una discriminación de las diversas categorías de delincuentes, indicando un tratamiento diferente para las distintas clases de éstos, de manera que corresponda casi perfectamente a la clasificación de Ferri, en natos, locos, habituales, pasionales y ocasionales.

Dentro de la estructura del Código puede observarse fácilmente que a estas dos últimas clases el Código las trata en consideración más que todo a la peligrosidad muy atenuada que manifiestan los que delinquen movidos por sentimientos pasionales o por esa eludicación del ánimo y de la personalidad, que se manifiesta en los ocasionales, que, de no haberla sufrido, nunca habrían sido delinquentes.

Pero, en cambio, el tratamiento que da a los locos se diferencia del que otorga a los incorregibles y entre éstos especialmente a los habituales. Para tal género de delinquentes prescribe esta norma del artículo 34, en donde el concepto de la personalidad juega un papel preponderante, sin que sea esta última consideración la que sirve para individualizar la pena, pues también el Código da una serie de normas, cuya aplicación es ineludible para que pueda condenarse a la pena de relegación a una colonia agrícola. La naturaleza y modalidad de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, siempre que demostrare una tendencia persistente al delito, son factores que el fallador debe tener muy en cuenta para aplicar la pena accesoria de relegación, pues esas modalidades o circunstancias son las que caracterizan precisamente a los delinquentes denominados habituales, para los cuales dicha sanción es adecuada, a fin de sustraerlos a las influencias perniciosas del ambiente en que han aflorado sus instintos criminales, colocándolos en contacto con un medio diferente, para que otros estímulos logren readaptarlos y convertirlos en ciudadanos útiles.

De manera, pues, que no es la simple reincidencia, únicamente, la que podría motivar la condenación a la pena de relegación a colonias. Este concepto y el de la habitualidad en el delincuente, surgido de todos aquellos elementos, que de conformidad con

el inciso 2º del artículo 34, sirven al fallador para adquirir ese concepto del delincuente, hacen necesaria la aplicabilidad de la ya dicha pena accesoria.

De consiguiente, la primera reincidencia apenas da ocasión a que sea agravada la pena dentro de los límites señalados en el Código. La segunda reincidencia, ya autoriza al Juez, no simplemente a agravar la pena, también dentro de los límites del artículo 34, sino a aplicar la relegación como un admirable instrumento de represión penal contra aquellos que por su persistencia en el delito se constituyen elementos de acusada peligrosidad social.

Por esto no puede verse el problema desde el punto de vista puramente aritmético o de simple lógica, como el abogado recurrente lo sustenta. Hay que mirar a la índole de los principios que gobiernan la legislación vigente, en orden a la individualización de la pena al delincuente, teniendo presente primero a éste como sujeto de la sanción penal, que al delito mismo.

La pena de relegación está fundada en datos que suministran la criminalología, y son conceptos que provienen de la antropología o de la sociología criminal los que con mayor eficacia sirven de orientación en este campo de la defensa social contra el delito, fundada en principios positivistas.

Esto de un lado; de otro, es necesario no perder de vista al interpretar el artículo 34 que al ser proferida una sentencia para una tercera infracción de las que dan lugar a reincidencias, según los principios que gobiernan el Código para que esta figura ocurra, el cómputo de la reincidencia criminal precisaría hacerlo a fin de poder señalar la pena correspondiente al reo. Consumada una tercera infracción dentro del término de diez años contados desde la segunda condena que el Código consagra, se comprende que existe ya una segunda reincidencia, y entonces es en el mismo fallo que se computa ésta, en donde deberá imponerse la pena de relegación siempre que se reúnan las demás exigencias del Código para que esa sanción se imponga. Ello porque al consumarse el último hecho delictuoso es cuando el delincuente manifiesta su tendencia persistente a transgredir el orden social, y por lo mismo

se hace acreedor a una represión más rigurosa dentro del concepto de peligrosidad.

Por lo demás, el primer inciso del artículo 34 enseña que es reincidente el reo que después de una sentencia condenatoria, comete un nuevo delito. De manera que para que aquella figura se manifieste, es preciso que se cumpla esta condición, o sea, un nuevo delito, sin el cual no podría tenerse a un sujeto como reincidente. Ahora bien, una sentencia condenatoria no se considera firme sino cuando ha sido notificada y contra ella no puede interponerse recurso alguno. Cumplidos estos requisitos de procedimiento, es cuando puede decirse que una sentencia condenatoria está ejecutoriada.

Con fundamento en esto, habrá una primera reincidencia para los efectos del artículo 34, cuando dictada la sentencia condenatoria ésta queda en firme y luégo se comete un delito. La segunda reincidencia tendrá que correr una suerte idéntica. Por consiguiente una segunda sentencia condenatoria ejecutoriada tendrá que ser la base para la imposición de la relegación autorizada por el inciso segundo del artículo 34. Ello porque la segunda reincidencia, para los efectos del cómputo, tiene que fundarse en dos sentencias anteriores, como se desprende del mismo concepto de la reincidencia y del criterio que el Código exige para estructurar esta figura.

El mismo significado de la reincidencia implica el reconocimiento de una responsabilidad penal hecho en una sentencia sobre la cual no puede haber recurso alguno. En verdad el nuevo Código no define en qué consiste cada una de las reincidencias, pero no sería impropio servirse para tener un concepto aproximado de esto, de un criterio más o menos igual al que propiciaba el artículo 141 del Código de 1890, según el cual el número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, culpa o tentativa determinados, implica el número de las reincidencias, de suerte que será primera, segunda, tercera reincidencia, según se haya dictado contra él una dos, tres, etc., sentencias ejecutoriadas, en los diez años anteriores a la ejecución del nuevo delito, culpa o tentativa.

Nada impide que la doctrina de este título sirva para interpretar el estatuto vigente en el sentido de que se adopte un criterio semejante, que por cierto no resulta extraño al texto del artículo 34, porque éste hace también expresa referencia a una sentencia condenatoria, como base de la primera reincidencia. Por ello no se ve obstáculo alguno para que de conformidad con ese concepto pueda el intérprete señalar cada una de las reincidencias, partiendo de que todas ellas, para tener tal carácter, deben fundarse en una sentencia condenatoria que, al serlo, debe tener el sello de la ejecutoria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por sentencia de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Francisco Marino Vallejo Angélica a la pena principal de veintiún meses de prisión y a las accesorias correspondientes, entre ellas, la relegación a una colonia penal agrícola durante cuatro años como responsable del delito de robo.

Contra dicha sentencia interpusieron el recurso de casación tanto el reo como su defensor, y cumplidos los trámites procedimentales del recurso se procede a resolverlo.

Hechos

En la noche del veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, fueron sustraídas de las oficinas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, dos máquinas de escribir: una de marca "Underwood", número S-5377943, de propiedad del Magistrado doctor Borrero Durán; la otra, marca "Remington", modelo 12, número 1153147, de propiedad del Estado, ambas en aquella fecha al servicio del Tribunal. Para la ejecución del ilícito, según aparece de autos, se empleó fuerza y violencia contra las cosas.

En virtud de denuncia formulada por el señor Magistrado doctor Borrero Durán, se inició la correspondiente investigación, en la cual surgió como único sindicado Francisco Marino Vallejo Angélica.

ca, o Pedro Alberto Angulo o Marino Francisco Vallejo, contra quien se profirió auto de proceder de fecha 20 de febrero de 1947 y sobre quien recayó la condena a que se refiere la sentencia que es materia del recurso de casación.

### Causales de casación

El doctor Manuel F. Caamaño, como apoderado del reo, formuló la demanda de casación ante la Corte y en ella alega las siguientes causales:

#### Causal cuarta. — Nulidad del juicio

Dice el demandante que el juicio está viciado de nulidad, pues hubo error en la denominación jurídica de la infracción, puesto que el hecho punible investigado es el de hurto y no el de robo; afirmación que sustenta restándole valor probatorio a la diligencia de inspección ocular practicada en la investigación y que sirvió de base al Tribunal de instancia para configurar el delito últimamente mencionado. Sobre el particular se expresa así:

“La inspección ocular, única prueba en que se apoya el Tribunal para dar por establecida la violencia en la sustracción, no la constituye plena, porque para esto sería necesario que versara sobre los hechos y circunstancias pertinentes al elemento concreto y preciso del delito que se pretende evidenciado con ella —la violencia a las cosas— lo que no ocurre. No aparece del acta la identificación de los candados examinados y reconocidos por el funcionario que practicó la diligencia con los que aseguraran las puertas que dieran entrada a los locales en donde se encontrarán las máquinas sustraídas, el día en que se perpetrara el delito. Por el contrario, el reconocimiento aparece practicado cinco días después del ilícito, sin que aparezca tampoco en poder de quién se encontraron los candados en todo ese lapso, ni bajo qué garantías de seguridad, de modo que hubieran podido permanecer en su estado primitivo con relación a la comisión del delito y que ninguna alteración pudiera haberlos hecho ver equivocadamente por el funcionario instructor que los inspeccionó”.

La diligencia de inspección ocular a que alude el demandante en esta causal, practicada por el funcionario instructor, asociado de peritos, que obra al folio 8º del informativo, dice lo siguiente:

“En la puerta que da a la oficina del Magistrado doctor Alfonso Medina, el candado que asegura la

mencionada puerta, fue abierto con palanca, por tanto hubo violencia, lo mismo que en la oficina del doctor Medina, ocurrió en las oficinas del doctor Fidel Borrero Durán y en la Secretaría de las Salas Penal y Civil, los candados que son todos marca “5-Disc-Fraim-Cilinder”, fueron abiertos con palanca, sin haber aparecido el de la oficina del doctor Borrero Durán. En la oficina del doctor Camilo Rincón Lara, hay muestras de intento de violencia en la chapa que asegura la mencionada oficina, sin lograr abrirla”.

#### Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, contestando las argumentaciones aducidas por el recurrente para sustentar la causal cuarta, se expresa así, refiriéndose a la diligencia de inspección ocular de que antes se ha hablado:

“Pero dicha inspección ocular está afectada de deficiencias tales, de forma y de fondo, que su fuerza probatoria no es bastante para aceptar el hecho relativo a la violencia.

“Entre las primeras —de forma— se anotan:

“a) El auto que ordenó la prueba no señaló fecha ni hora para la diligencia.

“Y conforme al artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, “la inspección ocular **no tendrá valor alguno** si no se ha decretado por auto que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia, el lugar, **la fecha y la hora de ésta** y los testigos o peritos que hayan de asistir a ella” (subraya la Procuraduría); y

“b) El acta no fue firmada y rubricada en cada uno de sus folios por todas las personas que intervinieron en la inspección (artículo 212).

“Entre los defectos de fondo, se anota uno sustancial: el funcionario de intrucción no dejó expresa constancia en la diligencia sobre sus observaciones personales acerca de las huellas de violencia dejadas por la infracción.

“La inspección ocular es una de las llamadas pruebas directas, porque el funcionario que la practica se pone en contacto con los hechos que son materia de aquélla. Es de la esencia de este medio de prueba que el Juez haga constar lo que sus sentidos han percibido directamente sobre los rastos, huellas, señales o vestigios sometidos a examen.

“Por eso, el Capítulo II, Título V del Libro I del Código de Procedimiento Penal empieza por definir lo que es la prueba de inspección ocular, o sea, “el examen y reconocimiento personal que hace

el Juez o el funcionario de instrucción, o el comisionado en su caso, ante su Secretario, y acompañado de testigos o peritos, de hechos que son materia del proceso"; el artículo 215 estatuye que "el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido y la suscriban"; y el 293 manda que, "dictado el auto cabeza de proceso, el funcionario principiará la investigación examinando personal y prolijamente, acompañado de peritos o testigos, los rastros de la infracción", etc.

"Admitido que la inspección ocular carece de valor legal, ¿puede entonces sostenerse que en esa diligencia está contenida otra prueba —la pericial— y que, conforme a ésta, debe aceptarse la violencia constitutiva del robo? (artículo 215 del C. de P. P.). Tampoco, por lo siguiente:

"En los procesos penales, el dictamen pericial, a diferencia de la inspección ocular, no es de por sí plena prueba (artículo 268). El debe ser apreciado por el juez para deducir su fuerza de convicción.

"De acuerdo con la doctrina y con las disposiciones de nuestro derecho positivo, el valor probatorio del dictamen pericial depende esencialmente de los fundamentos con que los peritos sustenten sus conclusiones, de tal suerte que haya una relación de orden lógico, técnico o científico, entre los unos —fundamentos— y las otras —conclusiones—. Y ello es así, porque el perito no declara sobre hechos que han herido sus sentidos, sino sobre cuestiones que requieren conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, como muy bien lo dice el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal.

"De ahí que el artículo 716 del Código Judicial mande que los peritos han de expresar, "en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen", norma ésta, más o menos, contenida en el artículo 260 de la ley procesal penal.

"Es decir, que el dictamen pericial ha de contener dos partes principales: la exposición, debidamente motivada, de las cuestiones sometidas al estudio de los expertos; y las conclusiones, precisas y claras, a que lleguen como resultado de las premisas sentadas. Una parte motiva y otra conclusiva estructuran, pues, la prueba pericial como fuente de certidumbre para el Juez.

"En el presente caso, la exposición pericial falla por sus fundamentos, que no los tiene. Allí se da

la conclusión de que los candados fueron abiertos con palanca, y que hubo, por consiguiente, violencia. Es decir, se afirma un resultado, un efecto, una consecuencia, pero sin explicar por qué el instrumento empleado para abrir los candados fue precisamente una palanca, explicación que era necesaria para excluir toda posibilidad de que esa clase de cerraduras hubieran sido abiertas por medios distintos del de la violencia, o por circunstancias ajenas a la consumación del delito".

Se considera:

El punto fundamental sobre que apoya el recurrente la afirmación de que el delito cometido por el reo, no es robo, sino hurto, consiste en que los elementos materiales integrantes de la primera infracción no están establecidos en el proceso con una prueba legal adecuada, por cuanto que la inspección ocular, practicada con intervención de peritos, no alcanza a establecer el hecho de que en la sustracción de los objetos llevada a cabo en las oficinas del Tribunal Superior de Neiva, haya mediado la violencia necesaria para constituir el delito de robo, que tiene como característica esencial, que lo distingue del hurto simple, el de que la sustracción de las cosas muebles, ajenas, se haga en virtud de la violencia que se ejerza contra las personas o las cosas, siendo éste pues el elemento que fundamentalmente diferencia esos dos hechos delictuosos, comprendidos bajo la común denominación de delitos contra la propiedad.

Serían bastantes para la Corte las razones con que fundamenta el señor Agente del Ministerio Público la contestación que hace a la nulidad alegada por el recurrente, en el sentido de que se incurrió en un error en la denominación jurídica del hecho delictuoso imputado al reo.

Sin embargo, es conveniente insistir en la doctrina de que no es incuestionablemente absoluta la creencia de que sólo mediante la prueba pericial o de ésta acompañada de inspección ocular, puedan establecerse los elementos constitutivos que dan fisonomía especial a una determinada infracción penal. Es apenas cierto que esas dos categorías de prueba constituyen las más de las veces los medios probatorios adecuados para comprobar los elementos jurídicos que determinan, en cada caso, la infracción dolosa que se haya consumado, y que, dentro de los medios procedimentales, son aquellas pruebas las que más vigorosamente se busca conseguir, porque realizan objetivamente la mejor forma de inquirir ese hecho, demostrándolo sin que quede la menor duda de su existencia.

Como dentro de la teoría general de la prueba

das en el fondo no constituyen sino indicios más o menos graves sobre lo que se intenta establecer en ellas, tanto la inspección ocular como la prueba pericial no las caracteriza sino la circunstancia de que en la primera, es el Juez mismo el que acompañado de peritos, quien por sus propios sentidos externos percibe las huellas, rastros o señales que haya dejado el delito y que sea necesario establecer para su discriminación jurídica, a fin de catalogarlo dentro de las distintas modalidades que pueda presentar y que servirán para darle la enominación legal adecuada.

En cambio, la prueba pericial, bien se considere al perito como un verdadero testigo o como una especie de árbitro o como mero auxiliar del Juez, que de todas estas modalidades puede gozar, como anotan los autores, el hecho es que aquella prueba, por participar de todas estas características, su valor probatorio está en relación directa con el que dimana de cada una de esas formas de inquirir la verdad que surge de tales categorías, tanto más convenientes cuanto su aparición en el proceso corresponde a las normas que el legislador consagra para dar a ellas valor más o menos grande en el grado de credibilidad que otorgan.

Así estimadas las cosas, se ve con cuánta razón anota Dellepiane que "tanto los peritos como el Juez mismo cuando lleva a cabo una inspección ocular, no tienen otra misión que la de buscar, recoger, reproducir, describir y conservar rastros que constituirán, merced al estudio de los mismos verificado por los aludidos funcionarios, verdaderos indicios llamados a producir una prueba inicial".

Desde este punto de vista se comprende por qué dentro de los datos que arroja el proceso, aún suprimiendo el valor probatorio a la prueba de inspección ocular, por sus defectos de forma y de fondo, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, y no mereciendo la prueba pericial en el caso un valor auténtico por las circunstancias mismas en que fue producida, es indudable que esas dos especies probatorias reunidas, aún con sus deficiencias, bien pueden servir para constituir datos indiciales que unidos a la prueba testifical, producida por las declaraciones de los que percibieron los hechos materia de la violencia de que fueron objeto las oficinas del Tribunal Superior de Neiva para la sustracción de los elementos objetivos del delito, basta y sobra esa comprobación para establecer la circunstancia constitutiva de la violencia con que obrara el agente del delito para la consumación de éste.

Los testimonios insospechables del Magistrado doctor Borrero Durán y del Portero del Tribunal Superior, señor Miguel Camacho, no dejan la menor duda de que para la ejecución del hecho delictuoso se empleó violencia a las cosas y que sólo en virtud de esa violencia se pudo efectuar la sustracción de las máquinas de escribir que figuran en el proceso como elementos materiales del delito.

Cuántas hipótesis pudieran hacerse para explicar la sustracción en forma distinta de la que constituye el empleo de la violencia para darle fisonomía de robo al hecho, no alcanzan viabilidad alguna. El Magistrado doctor Borrero Durán, al denunciar el delito formuló dos hipótesis como explicación posible: que el ladrón entró en las horas de despacho al Tribunal, escondiéndose hasta que no hubiere personas allí para realizar el delito, o que hubiere penetrado a las oficinas cuando el empleado del Tribunal señor Díaz entró a trabajar como hasta eso de las diez de la noche. Pero en ambas ocurrencias, como se comprende fácilmente, si la entrada había sido favorecida por esas circunstancias, no puede decirse lo mismo respecto de la salida, porque ésta debió llevarse a cabo por algún sitio, y no es posible dar explicación más correcta de ese hecho que la que surge de la circunstancia misma de haberse encontrado huellas de violencia en las puertas del Tribunal donde estaban los objetos sustraídos y aún la pérdida de los medios mecánicos puestos para asegurar las mentadas oficinas.

Luego de cualquier manera que se consideren los hechos no puede prescindirse de la noción constitutiva de robo, en virtud de la violencia empleada contra las cosas para consumir el delito. Lo que da fisonomía al hurto es la carencia del elemento "violencia". Es esta una infracción que demuestra menor peligrosidad del sujeto que la lleva a cabo, por cuanto que en la mayoría de los casos ocurren cuando la negligencia, el descuido, la poca cautela o cuidado del dueño favorecen al ladrón que las sustrae sin emplear violencia alguna en las personas o en las cosas.

Es evidente que bien sea desde el punto de vista subjetivo o desde el punto de vista objetivo, estas dos infracciones se diferencian fundamentalmente. Ello, porque el agente que sustrae los bienes ajenos, empleando los medios que configuran el robo, desde el punto de vista subjetivo que sirve para distinguir estos delitos, no sólo revela grado de peligrosidad excesivo, sino que da muestras de constituir un grave peligro social, porque su agre-

siva actitud lo coloca en situación de pasar por encima de todos los obstáculos que el hombre ha puesto para salvaguardar su patrimonio, los que de nada sirven para el ladrón, pues no se detiene ante ninguno ni nada lo arredra para conseguir el logro ilícito de sus propósitos.

Y objetivamente también se explica la mayor significación del robo y la determinación del legislador de crear una figura jurídica diferente del simple hurto, con sólo considerar que este último delito se produce en la generalidad de las veces gracias al abandono o descuido del dueño, negligente y confiado, circunstancias que aprovecha el agente para efectuarlo. En cambio en el robo, la cosa se encuentra protegida, amparada y vigilada por la voluntad de su dueño, que ha puesto para su custodia y protección cuantos elementos mecánicos pueden servirle para ese objeto. A pesar de ello y por encima de ellos, por sobre la previsión humana, ni de tal suerte ha conseguido sustraerlos del intento doloso del ladrón, quien para lograr su propósito, violenta todo lo que le impida satisfacer su ánimo dañino. Es por tanto manifiesto que el robo constituye una más grave infracción y por eso se justifica un criterio represivo más riguroso.

La crítica que el recurrente formula contra la prueba testimonial, que desde su punto de vista tiene también, como la pericial y la de inspección ocular, fundamentales fallas, no alcanza a ser lo bastante eficaz como para contrarrestarla. Muy explicable es que ocurrido un delito las personas que tienen inmediato conocimiento del hecho no perciban instantáneamente todas las circunstancias en que pudo consumarse la infracción, limitándose a tomar nota del hecho y ponerlo en conocimiento de las autoridades, dejando para mejor oportunidad la ampliación de las circunstancias que fueron percibidas por sus sentidos al notar que el hecho delictuoso se había cumplido. Sería verdaderamente extravagante que sólo por no contener el primer denuncia sobre el hecho todas las ocurrencias en que éste pudo realizarse, ya el testimonio del denunciante no tuviera eficacia como medio probatorio para establecerlo, máxime si después amplía su primera declaración, complementándola con los detalles que una más minuciosa inspección del lugar del delito le hayan permitido descubrir en él modalidades que servirán después para darle una fisonomía especial al hecho delictuoso.

Desde este punto de vista se comprende por qué aparte de los demás datos indiciales que arroja el informativo, la prueba testimonial es suficiente para comprobar el elemento violencia que configura el robo en este proceso. Por consiguiente, la causal alegada no prospera.

#### Causal segunda. — Errada interpretación o apreciación de los hechos

Parece más propio incluir o alegar dentro de la causal primera todo lo que se refiere a la aplicación de las sanciones, y no dentro de la segunda que reza con todo lo atañedor a los elementos constitutivos del delito que determinan, o eximen o modifican la responsabilidad de los autores o partícipes y, en consecuencia, a las circunstancias modificadoras. Por tanto, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y las figuras de la reincidencia, etc., deben invocarse dentro de la primera causal.

Pero como la colocación de las razones dentro de un numeral ordinal es de menor importancia que su alegación expresa, la Corte seguirá en esta parte el orden seguido por el Ministerio Público.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, sintetiza así los motivos en que la funda el recurrente:

"1º—Que la diligencia de inspección ocular tenida en cuenta por el Tribunal no constituye plena prueba de la violencia propia del robo, porque no se ajusta a los artículos 210 y 215 del Código de Procedimiento Penal, y porque está en contradicción con lo expuesto por el Magistrado Borrero Durán acerca de aquella circunstancia específica del ilícito; y

"2º—Que la circunstancia de mayor peligrosidad apreciada por el Tribunal sobre los antecedentes de depravación y libertinaje del acusado Vallejo, no tienen ningún fundamento, según los datos que obran al folio 210".

Sería redundancia insistir todavía más en los hechos para contestar la crítica que el recurrente formula a la sentencia que se estudia, en orden a fundamentar la causal segunda de casación, en el sentido de que hubo errada interpretación o apreciación de los hechos, fundado en que la inspección ocular no constituye plena prueba y en las contradicciones que la demanda cree encontrar en el testimonio del doctor Borrero Durán, acerca del elemento específico del robo que le fuera imputado al reo.

La causal segunda de casación por errada interpretación o apreciación de los hechos que hayan influido en la determinación de la sanción, es

table en este proceso, por cuanto no habiendo intervenido en él los jueces de conciencia, puede la Corte entrar en la discriminación de esos hechos con el fin de establecer si las razones o motivos que motivaron al Tribunal de instancia, si permiten la agravación de ciertas circunstancias individualizadoras de la pena.

Fue ésta aplicada, según la parte motiva de la sentencia del Tribunal, de conformidad con el artículo 2º de la ley 4ª de 1943. Mas el Tribunal al individualizar la condena tuvo en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad la del numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, fundándose en que al folio 210 del proceso se encuentran los antecedentes de depravación y libertinaje que caracterizan al reo, por haber sido éste sindicado, según esa hoja prontuaria, varias veces de delitos contra la propiedad y presentar antecedentes judiciales o de policía en número de doce, diez de los cuales figuran sin constancia alguna de haberse dictado fallo definitivo, y solo los dos restantes, aparecen definidos con sentencias condenatorias por hurto y robo, que sirvieron para reputarlo reincidente por segunda vez.

La Procuraduría dice al respecto:

“En efecto, los antecedentes judiciales y de policía de un procesado, y su vida libertina y depravada son cosas distintas. Los primeros representan la comisión de verdaderas infracciones penales, que se prueban con las copias de las sentencias respectivas; en tanto que la vida depravada y libertina no llega a ese extremo de constituir delincuencia al sujeto, porque sólo indica una manifestación de la atrofia profunda de su moralidad traducida en un comportamiento relajado y de ocio. El hombre depravado y libertino es un ser corrompido que anda por los caminos del mal, pero sin llegar al delito. Sus actos son piedra de escándalo para la sociedad y una carga para ella. Ese estado antisocial pone naturalmente a dichos individuos al borde de la delincuencia.

“La depravación y libertinaje, en cuanto se traduce en hechos ostensibles y públicos, debe aparecer plenamente establecida en el proceso para computarla como circunstancia de mayor peligrosidad. Y esa prueba tiene que ser distinta de la copia de fallos condenatorios, porque éstos aluden a infracciones penales, y la vida depravada a la ausencia de ética, como ya se dijo.

“Tal es, por otra parte, la doctrina de la H. Corte, que pasa a reproducirse:

“Los antecedentes de depravación y libertinaje se refieren a la transgresión de las normas de

ética que rigen la vida social y que, sin configurar infracción penal alguna —delitos o contravenciones— si encajan dentro de la noción del estado antisocial que el Juez, en la individualización judicial de la pena, no puede dejar de analizar... La vida depravada y libertina requiere, pues, la prueba de hechos concretos, independientes de la inclinación del delito, que la determinan, y tanto más cuanto que la depravación y el libertinaje envuelven negación de los instintos éticos fundamentales e ineptitud para la convivencia social.

“Las condenaciones judiciales o de policía no se relacionan con la existencia de la primera; es decir, no son elementos integrantes de la depravación o libertinaje, sino que forman una categoría independiente y separada que, al estar comprobada, caracterizarían el delincuente habitual o, por tendencia, los mayores grados de peligrosidad”. (Sentencia de 11 de diciembre de 1945. Casación de Miguel A. Torres, por robo. *Gaceta Judicial* números 2025 a 2027 bis. pág. 1033).

En la Comisión Penal colombiana, revisora de la ley 109 de 1922, que constituye un precioso antecedente del Código Penal en vigencia, al discutirse los numerales 1º y 2º de las circunstancias de mayor peligrosidad que señala el artículo 37, virtualmente semejantes a los que aquella obra denominaba circunstancias agravantes, el doctor Escallón señaló así las diferencias constitutivas entre uno y otro:

“Las condenaciones anteriores, judiciales o de Policía —dice— se refieren a un caso completamente diverso al que contempla el numeral 1º. En el ordinal 2º se define el agravante constituido por anteriores delitos y contravenciones que no constituyan reincidencia; en el ordinal 1º se expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad. No se diga que con esto se invade el campo exclusivo de la moral, porque nadie ha pensado que la vida disoluta o depravada por sí sola constituya delito, sino que se tenga como circunstancia agravante de un delito que en la mayor parte de los casos ha tenido origen en su vida disoluta o depravada, la que se presenta entonces con carácter antisocial que ya no puede ser indiferente para el legislador ni para el Juez”.

Lo transcrito sintetiza, en forma muy completa, la diferencia que existe entre la circunstancia de mayor peligrosidad constituida por las condena-

ciones judiciales o de policía, que señala el numeral 2º y los antecedentes de depravación y libertinaje del numeral 1º. De manera que si el Tribunal apreció erradamente este hecho para determinar la sanción al reo, prospera la causal segunda, fundada en tal circunstancia, porque de no ser así, indudablemente se violaría la norma **non bis ibidem**, que impide castigar dos veces un mismo hecho. Y esto acontecería si los antecedentes del reo, que no hayan constituido todavía motivos para fallos judiciales condenatorios, resultaren apreciados exactamente con el mismo criterio con que éstos lo fueran para agravar la penalidad por el cómputo de reincidencia. En el proceso se ha establecido, con las pruebas legales adecuadas al caso, que no son otras que las copias de las sentencias definitivas, que Vallejo es reincidente por segunda vez. Por tanto la penalidad para su caso tiene que surgir de esta modalidad, que la agrava necesariamente también la circunstancia de mayor peligrosidad. Pero de aquí a hacerlo aplicando también la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 1º del artículo 37, hay notoria diferencia. Desde este punto de vista se comprende por qué prospera, en parte, la causal segunda que propugna la demanda.

#### Primera causal: mala aplicación de la ley penal

Sintetiza así el señor Procurador los fundamentos de la demanda por esta causal:

"1º—La sanción accesoria citada sólo cabe cuando el delincuente es calificado reincidente por tercera vez, y no por segunda, como ocurre aquí.

"La interpretación gramatical y la lógica —sostiene—, como se sabe, corresponden a la letra y al espíritu de la ley, establecen indubitadamente el sentido del artículo (34 del C. P.), que estatuye sólo para la tercera, cuarta, etc., reincidencia, la pena accesoria de relegación con mínimo y máximo".

"2º—Que la relegación a colonias no sólo depende del número de reincidencias, sino de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes de los mismos, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, lo cual no fue tenido en cuenta por el Tribunal, especialmente los dos primeros factores —gravedad de los hechos y motivos determinantes—".

El señor Agente del Ministerio Público, contesta la demanda, en este punto, así:

"Por consiguiente, conforme a nuestro Código y a sus antecedentes doctrinarios, el artículo 34,

inciso 2º, está destinado a reprimir al delincuente habitual, mediante dos criterios:

"1º—El número de reincidencias, de dos en adelante; y

"2º—La peligrosidad del sujeto, derivada de la gravedad y modalidades de las infracciones cometidas, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, en cuanto estos elementos demuestren "una tendencia persistente al delito". Dicha tendencias, pues, una resultante, un efecto, de esos cuatro criterios mensuradores.

"Respecto del número de reincidencias —aspecto objetivo o cuantitativo—, nuestra ley parte de la segunda, como mínimo, y se extiende a las siguientes sin limitación alguna, como tenía que ser. Tal es el alcance del artículo 34 cuando dice "de la segunda reincidencia en adelante".

"Y ese mínimo (dos reincidencias) resulta explicable en un código influenciado en los principios de la peligrosidad y de la defensa social, porque como lo dijo la Procuraduría en otra ocasión y la H. Corte se dignó acoger ese concepto, el hecho de que el delincuente haya sido declarado dos veces reincidente, demuestra en él una alma tenaz para el delito, un temperamento antisocial y un peligro para la colectividad, en virtud de que carga ya con tres infracciones de la ley penal, por lo menos: dos constitutivas de la primera reincidencia y otra, que es base de la segunda.

"Dicho número de delitos tiene ya toda la elocuencia de los hechos cumplidos, en cuanto predica del agente su reiterada inclinación criminal, y revela una de las formas propias de moverse su personalidad ante el medio social que lo rodea. Por eso, se les denomina delincuentes **habituales**. La causa del fracaso social de estos sujetos, como lo observa Krestschmer, está "en la predisposición hereditaria sobre todo, y sólo de modo accesorio en la situación exterior. Considerados clínicamente los delincuentes profesionales o habituales son **psicópatas**, o sea caracteres anormales".

"De suerte que la exigencia del Código sobre el número de reincidencias (de dos en adelante) no obedece a un simple criterio gramatical o aritmético, sino al principio orientador de la peligrosidad del delincuente. Basta, por lo mismo, que éste haya reincidido por segunda vez, para que ya se tenga uno de los presupuestos necesarios que demanda la pena accesoria de relegación a colonias. La expresión "en adelante" que emplea el artículo 34, se adoptó para no dejar duda alguna acerca de ulteriores reincidencias, esto es, servirán para de-

finir el carácter habitual del delincuente y aplicarle las medidas represivas de rigor.

El artículo 34 del Código Penal es del tenor siguiente:

“El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, cumplirá la sanción que a éste corresponda, aumentada a una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que no se haya cometido antes de cumplidos diez años de ejecutoriada la condena. La multa debe aplicarse en medida no inferior al doble”.

“Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante, se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevada por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito”.

En la demanda, el recurrente insiste en que la sentencia del Tribunal de Neiva violó la ley por errónea interpretación de la misma al aplicar el artículo 34 del Código Penal, considerando como reincidente por segunda vez a Vallejo, para aplicarle la pena accesoria de relegación a una colonia agrícola especial.

Ya el señor Agente del Ministerio Público ha contestado, de conformidad con la transcripción hecha de su concepto, las principales alegaciones del recurrente en orden a sustentar la tesis que le sirve de fundamento para alegar la causal primera.

En realidad de verdad los argumentos de orden lógico y gramatical en que insiste la demanda, constituyen un criterio objetivo, que no se compagina con la índole doctrinaria del Código, fundado en un concepto subjetivista, que mira más al delincuente mismo, que al hecho delictuoso, para individualizar las sanciones al reo, en consideración a su peligrosidad y con fundamento en este criterio para imponer la pena.

Si el nuevo estatuto, que es, como lo dijera uno de sus autores, aproximadamente positivista, prescindiera del concepto del delincuente para efectos de determinar la sanción en cada caso, la índole de la reforma habría quedado trunca, porque el arbitrio otorgado entre los máximos y los mínimos que señala el estatuto habrían propiciado lo que Ferri llamó, para combatirlo, la “dosimetría penal”. Si en algo el Código estuvo influido de manera acorde con las doctrinas que constituyen su contextura ideológica, es precisamente en la

forma como permite una discriminación de las diversas categorías de delincuentes, indicando un tratamiento diferente para las distintas clases de éstos, de manera que corresponda casi perfectamente a la clasificación de Ferri, en natos, locos, habituales, pasionales y ocasionales.

Dentro de la estructura del Código puede observarse fácilmente que a estas dos últimas clases el Código las trata en consideración más que todo a la peligrosidad muy atenuada que manifiestan los que delinquen movidos por sentimientos pasionales o por esa claudicación del ánimo y de la personalidad, que se manifiesta en los ocasionales, que, de no haberla sufrido, nunca habrían sido delincuentes.

Pero, en cambio, el tratamiento que da a los locos se diferencia del que otorga a los incorregibles y entre éstos especialmente a los habituales. Para tal género de delincuentes prescribe esta norma del artículo 34, en donde el concepto de la personalidad juega un papel preponderante, sin que sea esta última consideración la que sirve para individualizar la pena, pues también el Código da una serie de normas, cuya aplicación es ineludible para que pueda condenarse a la pena de relegación a una colonia agrícola. La naturaleza y modalidad de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, siempre que demostrare una tendencia persistente al delito, son factores que el fallador debe tener muy en cuenta para aplicar la pena accesoria de relegación, pues esas modalidades o circunstancias son las que caracterizan precisamente a los delincuentes denominados habituales, para los cuales dicha sanción es la adecuada, a fin de sustraerlos a las influencias perniciosas del ambiente en que han aflorado sus instintos criminales, colocándolos en contacto con un medio diferente; para que otros estímulos logren readaptarlos y convertirlos en ciudadanos útiles.

De manera, pues, que no es la simple reincidencia, únicamente, la que podría motivar la condenación a la pena de relegación a colonias. Este concepto y el de la habitualidad en el delincuente, surgido de todos aquellos elementos, que de conformidad con el inciso 2º del artículo 34, sirven al fallador para adquirir ese concepto del delincuente, hacen necesaria la aplicabilidad de la ya dicha pena accesoria.

De consiguiente, la primera reincidencia apenas da ocasión a que sea agravada la pena dentro de los límites señalados en el Código. La segunda

reincidencia, ya autoriza al Juez, no simplemente a agravar la pena, también dentro de los límites del artículo 34, sino a aplicar la relegación como un admirable instrumento de represión penal contra aquéllos que por su persistencia en el delito se constituyen elementos de acusada peligrosidad social.

Por esto no puede verse el problema desde el punto de vista puramente aritmético o de simple lógica, como el abogado recurrente lo sustenta. Hay que mirar a la índole de los principios que gobiernan la legislación vigente, en orden a la individualización de la pena al delincuente, teniendo presente primero a éste como sujeto de la sanción penal, que al delito mismo.

La pena de relegación está fundada en datos que suministra la criminalología, y son conceptos que provienen de la antropología o de la sociología criminal los que con mayor eficacia sirven de orientación en este campo de la defensa social contra el delito, fundada en principios positivistas.

Esto de un lado; de otro, es necesario no perder de vista al interpretar el artículo 34 que al ser proferida una sentencia para una tercera infracción de las que dan lugar a reincidencia, según los principios que gobiernan el Código para que esta figura ocurra, el cómputo de la reiteración criminal precisaría hacerlo a fin de poder señalar la pena correspondiente al reo. Consumada una tercera infracción dentro del término de diez años contados desde la segunda condena que el Código consagra, se comprende que existe ya una segunda reincidencia, y entonces es en el mismo fallo en que se computa ésta, en donde deberá imponerse la pena de relegación siempre que se reúnan las demás exigencias del Código, para que esa sanción se imponga. Ello porque al consumarse el último hecho delictuoso es cuando el delincuente manifiesta su tendencia persistente a transgredir el orden social, y por lo mismo se hace acreedor a una represión más rigurosa dentro del concepto de la peligrosidad.

Por lo demás, el primer inciso del artículo 34 enseña que es reincidente el reo que después de una sentencia condenatoria, comete un nuevo delito. De manera que para que aquella figura se manifieste, es preciso que se cumpla esta condición, o sea, un nuevo delito, sin el cual no podría tenerse a un sujeto como reincidente. Ahora bien: una sentencia condenatoria no se considera firme sino cuando ha sido notificada y contra ella no puede interponerse recurso alguno. Cumplidos estos requisitos de procedimiento, es cuando puede

decirse que una sentencia condenatoria está ejecutoriada.

Con fundamento en esto, habrá una primera reincidencia para los efectos del artículo 34, cuando dictada la sentencia condenatoria ésta queda en firme y luégo se comete un delito. La segunda reincidencia tendrá que correr una suerte idéntica. Por consiguiente, una segunda sentencia condenatoria, tendrá que ser la base para la imposición de la relegación autorizada por el inciso segundo del artículo 34. Ello porque la segunda reincidencia, para los efectos del cómputo, tiene que fundarse en dos sentencias anteriores, como se desprende del mismo concepto de la reincidencia y del criterio que el Código exige para estructurar esta figura.

El mismo significado de la reincidencia implica el reconocimiento de una responsabilidad penal hecho en una sentencia sobre la cual no puede haber recurso alguno. En verdad el nuevo Código no define en qué consiste cada una de las reincidencias, pero no sería impropio servirse para tener un concepto aproximado de esto, de un criterio más o menos igual al que propiciaba el artículo 141 del Código de 1890, según el cual el número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, culpa o tentativa determinados, implica el número de las reincidencias, de suerte que será primera, segunda, tercera reincidencia, según se haya dictado contra él una, dos, tres, etc., sentencias ejecutoriadas, en los diez años anteriores a la ejecución del nuevo delito, culpa o tentativa.

Nada impide que la doctrina de este artículo sirva para interpretar el estatuto vigente en el sentido de que se adopte un criterio semejante, que por cierto no resulta extraño al texto del artículo 34, porque éste hace también expresa referencia a una sentencia condenatoria, como base de la primera reincidencia. Por ello no se ve obstáculo alguno para que de conformidad con ese concepto pueda el intérprete señalar cada una de las reincidencias, partiendo de que todas ellas, para tener tal carácter, deben fundarse en una sentencia condenatoria que, por serlo, debe tener el sello de la ejecutoria.

El señor Procurador Delegado en lo Penal hace la siguiente cita de Ferri, que por su adecuación al caso, la Sala cree oportuno transcribir:

"El índice psicológico consiste en la significación antropológica y social, que en orden a la personalidad del procesado, reo de varios delitos o

reincidente, se deduce de la naturaleza y modalidades de los delitos cometidos, que indican, no la ocasión transitoria o el impulso imprevisto, sino el cálculo y la preparación; asimismo se deduce de los motivos determinantes que propugnan una ventaja personal más o menos cínica, demandando a la **consuetudo delinquendi** los medios de subsistencia y de placer; y se deduce, por último, de las condiciones personales o del género de vida observado, que es precisamente la característica de los delincuentes habituales y de oficio, como comprueban las notorias observaciones de la vida cotidiana, especialmente en los centros urbanos.

“El índice legal (número de delitos y de las reincidencias) y el psicológico reunidos pondrán de manifiesto en el procesado una tendencia persistente al delito; con esta expresión de “tendencia persistente” se comprenden, de modo indudable, tanto los casos de tendencia congénita como los de hábito adquirido, que ha llegado a ser ya crónico y es más o menos corregible”. (Principios de Derecho Criminal. Página 638).

Fijando la ley penal colombiana un mínimo de delitos para determinar el concepto del delincuente habitual, también otorga al Juez la facultad de aplicar la sanción de seguridad, teniendo en cuenta el estado peligroso del delincuente. De aquí que el fallador para encontrar el índice de peligrosidad que en cada caso es necesario para aplicar las sanciones a un delincuente declarado habitual, parte de la base de los delitos mismos y de la gravedad de ellos, para la relegación de que se trata.

Este fallo de habitualidad, como muy bien lo dice el señor Procurador, no puede ser en manera alguna arbitrario, con lo que se quiere significar que para que sea justo debe estar condicionado a los requisitos que la ley establece a fin de que sobre ellos pueda fundarse la pena accesoria —rigurosa, no cabe duda—, de la relegación en una colonia penal.

Desde este punto de vista se justifica la crítica que el señor Agente del Ministerio Público hace tanto al fallo del Tribunal de Neiva como a la demanda de casación. Aquél por no haber motivado la sentencia condenatoria contra Vallejo en este punto de la relegación, lo suficiente como para justificar las razones en que fundamentaba la imposición de esa pena accesoria; y al recurrente, por no haber invocado la causal pertinente, o sea la quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Concuerda la Sala en las mismas consideraciones y por ello se abstiene de entrar al estudio de esta cuestión.

### Decisión de la Corte

Según todo lo dicho, prospera la causal segunda en cuanto a la mala apreciación de los antecedentes de depravación y libertinaje hecha por el Tribunal de la instancia.

Debe, por tanto, imponerse como penalidad el mínimo, por no haber circunstancias de mayor peligrosidad debidamente establecidas.

En cuanto a los demás factores de individualización que contempla el artículo 36 del Código Penal, fueron considerados por el Tribunal al calificar la reincidencia del reo y su personalidad, imponiéndole la relegación a colonias.

La disposición aplicable en el presente caso, es el artículo 2º de la ley 4ª de 1943, que fija una pena de uno a seis años de prisión, cuyo mínimo aumentado en la mitad, por concepto de la segunda reincidencia, da un total de diez y ocho meses de prisión, como pena principal que, de conformidad con el artículo 3º de la ley 4ª antes citada, debe cumplirlo el reo en una colonia agrícola.

La accesoria de relegación a colonias, debe graduarse también en el mínimo, o sean cinco años, de conformidad con la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, y porque tomando dicho mínimo para señalar la pena principal, como surge de prosperar parcialmente la causal segunda, el mismo motivo implica idéntico criterio en la aplicación de aquella accesoria.

En mérito de lo expuesto, la Corte —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador y de acuerdo con él, CASA la sentencia de fecha veintuno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el sentido de condenar a Francisco Marino Vallejo Angélica a la pena principal de diez y ocho meses de prisión, y a las accesorias correspondientes, entre ellas, la relegación a una colonia agrícola penal por el término de cinco años, como responsable del delito de robo que se le imputó en el auto de proceder, en vez de la de veintiún meses de prisión, como pena principal, y la de seis años de relegación a una colonia agrícola penal de que trata la sentencia invalidada, la que queda en firme en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## SE DECLARA INFUNDADA LA OPOSICION DEL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIAN DE BUENAVISTA A LA PROPUESTA DE LA SOCIEDAD INDUSTRIAL DE PETROLEOS PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEO DE PROPIEDAD NACIONAL

En materia de oposiciones a la contratación nacional de petróleos, uno de los principales deberes del opositor es demostrar que el terreno cuyo subsuelo pretende, constituye un bien concretamente individualizado o determinado, no sólo porque aspira a que se excluya de las concesiones que otorga el Estado, sino también porque resultaría imposible definir derechos sobre una cosa imprecisa y falta de objetividad. Por eso, si tal determinación no se establece en forma satisfactoria, como en el presente caso, la oposición carece de objeto y no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

Por resolución de fecha trece de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta de exploración y explotación de petróleos No. 173, propuesta presentada por la Sociedad Industrial de Petróleos en relación con un lote de terreno de cuarenta y nueve mil ochocientos cincuenta y tres hectáreas con dos mil cuatrocientos metros cuadrados (49.853 Htrs. 2.400 m<sup>2</sup>.), que se halla ubicado en los Municipios de Santana y San Sebastián, del Departamento del Magdalena, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

“Como punto de referencia se ha localizado sobre el terreno, en el sitio denominado “Ya se sabe”, un mojón de concreto cuyas coordenadas astronómicas fueron determinadas por el doctor José Ignacio Ruiz con los siguientes resultados: Latitud, 9° 26' 58.3" N.; Longitud: 4 h. 57 m. 02 s. 81 al Oeste de Greenwich, o sea: 74° 15' 42.15" al Oeste de

Greenwich. Del punto astronómico anterior se sigue en línea recta por una distancia de dos mil trescientos treinta y cinco metros con sesenta y un centímetros (2.335.61mts.) con rumbo Norte sesenta y cinco grados, diez y nueve minutos, diez segundos Este (N. 65° 19' 10" E.) a dar al punto marcado en el plano con la letra A, de partida de la alinderación. Del punto A se continúa en línea recta, siguiendo el lindero Suroeste de la propuesta aceptada a la Compañía de Petróleos de Bogotá, por una distancia de dos mil quinientos diez metros (2.510 mts.), con rumbo Sur cincuenta grados, dos minutos, veinte segundos Este (S. 50° 2' 20" E.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra B, situado sobre el lindero de la propuesta mencionada. Del punto B anterior se continúa en línea recta por una distancia de nueve mil metros (9.000 mts.) con rumbo Sur veinticuatro grados, veinte minutos Oeste (S. 24° 20' W.) a dar al punto marcado en el plano con la letra C. Del punto C anterior se continúa en línea recta por una distancia de veintidós mil veinte metros (22.020 mts.) con rumbo Norte cincuenta y nueve grados, cincuenta y cinco minutos Oeste (N. 59° 55' W.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra D. Del punto D anterior se continúa en línea recta por una distancia de veinticuatro mil quinientos setenta y cinco metros (24.575 mts.) con rumbo Norte veinticuatro grados, veinte minutos Este (N. 24° 20' E.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra E, situado sobre el lindero Sur-occidental de la propuesta aceptada al señor Mauricio Restrepo R. Del punto E anterior se continúa por dicho lindero en línea recta y por una distancia de diez y nueve mil seiscientos veinticinco metros (19.625 mts.) con rumbo Sur cincuenta y nueve grados, cinco minutos Este (S. 59° 5' E.) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra F, situado sobre el lindero occidental de la propuesta aceptada a la Compañía de Petróleos

de Bogotá. Del punto F anterior se continúa en línea recta por el mismo lindero y por una distancia de catorce mil ochocientos cincuenta y cuatro metros con cuatro centímetros (14854.04 mts.) con rumbo Sur veinticuatro grados, veinte minutos Oeste (S. 24° 20' W.) hasta dar al punto A de partida de la alinderación. Todos los rumbos atrás mencionados se refieren al meridiano astronómico o verdadero”

A esa propuesta formuló oportunamente oposición el representante legítimo del Municipio de San Sebastián de Buenavista, alegando como fundamento de ella que dicho Municipio era dueño de las tierras solicitadas para exploración y explotación de petróleo, ‘en virtud de títulos reales de la Corona Española’, títulos que acompañó con dicha oposición.

En el Ministerio fue aceptada la oposición del Municipio interesado por resolución No. 302, de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, en la que se dispuso pasar el negocio a esta Sala de Negocios Generales, a fin de que aquí se decidiera sobre la propiedad privada del petróleo, de acuerdo con el precepto del artículo 5° de la ley 160 de 1936.

Por lo que ahora, teniendo en cuenta que el asunto ha sufrido ya en la Sala los trámites correspondientes, se procede a fallarlo mediante muy breves consideraciones, impuestas por las circunstancias o modalidades de la oposición que debe decidirse.

Las únicas pruebas aducidas por el Municipio de San Sebastián consisten en los títulos protocolizados por medio de la escritura pública número 29 de 15 de julio de 1890, de la Notaría de Mompós, que se relacionan con las tierras sobre que versa la oposición.

Resulta de esos títulos que el Virrey don Sebastián de Eslava, en el año de 1748, autorizó al Gobernador de la Provincia de Santa Marta para asignar una legua de tierra a la población de San Sebastián, para el uso común de los vecinos que allí se establecieron y como incentivo para el fomento de la nueva agregación; así como también que don Josef Fernando de Mier y Guerra, Caballero de la Orden de Santiago y Maestro de Campo de la Provincia de Santa Marta, procedió a cumplir en el mismo año de 1748 el decreto del Virrey, a cuyo efecto hizo el reconocimiento de las tierras de la región y les dio posesión a los vecinos de San Sebastián de cierta extensión de terreno, para los linderos que reprodujo sintéticamente en 1836 el Gobernador de la Provincia de Santa Marta, al

hacer una revisión de los títulos, en los siguientes términos:

“Por la parte de arriba el monte que nombran Juan Congo a orillas del caño de Peralejo, de allí al rincón de la sabana de Peralejo llamado el Gual, de éste a la punta de Venero y de aquí comprendiendo la punta de Bello, la de la Angostura del Veladero, los de Barro y sus puntas hasta las orillas y punta de Pato hasta llegar a las ciénagas de la Angostura, derramadero del caño de Menchiquejo, lindero de las dos caballerías de tierra que al mismo vecindario donó el doctor don Fernando Félix del Carmen Guerrero, desechándose las tierras bajas y anegadizas que se consideraron como inútiles, y por abajo después de varias ciénagas y desaguaderos del caño de Menchiquejo hasta llegar al Palo del Tamaco que está a las márgenes del Magdalena”.

En relación con las tierras entregadas a los vecinos de San Sebastián por don Josef Fernando de Mier y Guerra, cuyos linderos se dejan transcritos, hizo un detenido estudio el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, en el cual llegó a la conclusión, con muy buenas razones, de que los títulos no permiten la identificación del terreno. Dice el Servicio Técnico sobre el particular:

“Los anteriores linderos no constituyen, como se ve, un perímetro cerrado, y esta afirmación se comprueba al estudiar el plano de tal región que aparece en el concepto rendido por este servicio el 3 de enero de 1940, con motivo de la oposición que el mismo Municipio de San Sebastián de Buenavista formuló a la propuesta registrada bajo el número 79 de la Compañía Petrolera de Bogotá. En efecto, en dicho plano —una copia del cual se adjunta a este informe— figuran los siguientes sitios: el ‘Monte de Juan Congo’ y las ‘Sabanas de Peralejo’, separados por el caño de este nombre y a unos 25 kilómetros, más o menos, al Oriente de San Sebastián de Buenavista; ‘Punta Venero’ y ‘Punta Bello’; el ‘Playón de Candelaria’ y el de ‘Barro’; la ‘Angostura de Veladero’; la ‘Ciénaga Carrillo’ y el caño ‘Carrillo’. A excepción de estos dos últimos y de los dos primeros, los demás lugares nombrados aparecen en la orilla Norte de la Ciénaga ‘La Rinconada’, y todos están prácticamente sobre una misma línea de lindero, que debe ser el meridional de las tierras —que se iban a demarcar— de manera que quedaron por definir los de los otros costados, aun los de la ‘Sabana de Peralejo’, a la que le calcularon un ancho de ‘media legua y poco más de largo’, pero sin decir entre

qué linderos, fuera del 'Monte de Juan Congo' que limitaba, en la época, con dicha sabana, 'Caño de Peralejo' de por medio".

En las condiciones anotadas, que el Municipio de San Sebastián ni siquiera ha tratado de desvirtuar, pues no se practicó ninguna inspección ocular para demostrar la determinación sobre el terreno del globo materia de la oposición, la Sala tiene que considerar que los linderos de éste no comprenden ningún inmueble específicamente individualizado, que requiera o haga necesario un estudio a fondo de los títulos, como lo ha expresado en diversas ocasiones la Sala, sería inoficioso y redundante en presencia de la indeterminación del terreno.

Y es que en materia de oposiciones a la contratación nacional de petróleos, uno de los principales deberes del opositor es demostrar que el terreno cuyo subsuelo pretende, constituye un bien concretamente individualizado o determinado, no sólo porque aspira a que se excluya de las concesiones que otorga el Estado, sino también porque

resultaría imposible definir derechos sobre una cosa imprecisa y falta de objetividad. Por eso, si tal determinación no se establece en forma satisfactoria, como en el presente caso, la oposición carece de objeto y no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundada la oposición formulada por el Municipio de San Sebastián de Buenavista a la propuesta de exploración y explotación de petróleos No. 173, de la "Sociedad Industrial de Petróleos", relacionada con las tierras a que se ha hecho referencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo S. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



## OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

Para la Corte el procedimiento que adoptaron los peritos para localizar la merced de tierras concedida a Pedro Guerra, estando dentro de los sitios de referencia reconocidos durante la inspección ocular, no puede ser materia sujeta a objeción por error grave, ya que se trata de una cuestión que corresponde a la competencia especial que se les supone a los expertos. Muy otro sería el caso si para esa localización se hubieran tomado como base sitios distintos de los reconocidos en la inspección, pues tamaño error sí sería objetivo y versaría sobre la materia misma de la pericia. La cuestión de por qué tomaron los peritos como punto de partida o uno de los vértices del cuadrilátero al paso de la carretera en el río Coello, en vez de otro procedimiento de localización, es obvio que corresponde a lo que debe entenderse por explicación o fundamentación del dictamen, cuya apreciación debe hacerse al tiempo de fallar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

En el juicio ordinario seguido por Juan de la Rosa Ramírez y otros contra la Nación, relacionado con el suelo y el subsuelo del lote de terreno denominado "El Yesal", el Tribunal Superior que venía conociendo del negocio, que lo era el de Ibagué, decretó una inspección ocular con peritos el seis (6) de junio de mil novecientos cuarenta y siete (1947), a petición de los demandantes. En la inspección debían determinarse sobre el terreno los puntos o sitios de referencia de la merced de tierras otorgada por el Cabildo de Ibagué a favor de Pedro Guerra en 1590, y los peritos debían dictaminar sobre si el terreno "El Yesal", por los linderos del hecho 7º de la demanda, estaba comprendido dentro de la estancia de ganado mayor de dicha merced.

La inspección se practicó por el propio Tribunal, y en ella se hizo la identificación de los si-

guientes puntos: "el Portachuelo o Boquerón que está en la banda derecha del río Coello, yendo para Rovira por la carretera que va a esta población; el cerro de 'San Antón' o cerro del 'Sapo'; el río Coello, especialmente en el paso del antiguo camino que fue sustituido por la carretera Ibagué-Rovira; y el lote del 'Yesal' cuyos linderos se acaban de transcribir", según reza la diligencia. A los peritos se les concedió término para su dictamen, el cual rindieron el diez y nueve (19) de agosto de mil novecientos cuarenta y siete (1947), en los siguientes términos:

"En primer término, para nosotros poder precisar la cabida superficial de la merced de que se trata tuvimos en cuenta lo que sobre la materia indica la importante obra "Historia de las medidas agrarias antiguas" del profesor Luis E. Páez Courvel, de la Academia Colombiana de Historia. . . . Luego la estancia de ganado mayor — continúa diciendo dicha obra— será un cuadrado cuyo lado mide 6.000 pasos (4.800 m. = 4.857.14 vs.) con una superficie de 23.591.808 vs<sup>2</sup> = 1.664 hectáreas con 6.400 m.<sup>2</sup>.

"Con estos datos, que estimamos deben merecer crédito en procesos como el de que se trata, procedimos a la tarea o labor de localización de la aludida merced, creyendo haberla logrado según el croquis que acompañamos a este dictamen como ilustración de éste, pues llegamos a la conclusión de que razonablemente esa localización se ajusta a la realidad.

"Al reconocer nosotros el trayecto comprendido entre el paso de la carretera en el río Coello y el punto identificado como el Boquerón o Portachuelo le calculamos 6.000 pasos, y lo mismo al trayecto comprendido entre este punto y el Alto de la Chapa o cerro de San Antón, tomando entonces como base de la merced la distancia del Boquerón a Portachuelo y paso de la carretera en el río Coello, y como altura de ella la distancia Boquerón o Portachuelo y Alto de San Antón, y formamos el cuadrado que muestra el croquis anunciado, dándonos la cabida superficial de 1.664 hectáreas con 6.400 mts.<sup>2</sup>. Localizados sobre el terreno la base y la altura del cuadrado y también sobre el terreno los linderos del lote de la Arenosa o El Yesal, a que se refiere el hecho 7º de la deman-

da de que se habló, hallamos que, como lo demuestra el croquis adjunto, el expresado lote de La Arenosa o El Yesal se encuentra comprendido, necesariamente, dentro del cuadrado que forma la merced adjudicada a Pedro Guerra el 25 de junio de 1590 por el Cabildo de Ibagué, según documento que obra de autos en el varias veces aludido juicio”.

Al ponérsele en conocimiento el anterior dictamen, el señor Fiscal del Tribunal lo objetó por error grave, que más o menos concreta en los siguientes párrafos de su memorial de objeciones:

“Pero resulta que los peritos, para rendir ese dictamen, no recorrieron el terreno, ni tomaron medidas que resultaran acordes con la obra que ellos citan del señor Páez Courvel, sino que simplemente se limitaron a decir que RAZONABLEMENTE, es decir, mediante suposición que consideraron acertada, localizaban la merced dentro del cuadrilátero señalado en el croquis que acompañaron al dictamen, y CALCULARON, esto es, volvieron a suponer o a imaginar que cada uno de los lados del cuadrado tenía una longitud de 6.000 pasos, teniendo en cuenta la obra nombrada, y así, muy frescamente, quedaron conformes y localizaron la merced y dentro de ella el lote de ‘El Yesal’, mencionado en el hecho 7º de la demanda.

“La Fiscalía considera que ese trabajo de los peritos es enteramente simple, falto de seriedad, y aparece afectado del gravísimo error, que cualquiera puede apreciar, de que no se sabe con exactitud matemática, como debe ser, si cada uno de los lados del cuadrado del croquis tiene 6.000 pasos de longitud, y entonces el cuadrado puede comprender una cabida mayor o menor de la que se le asigna, pues la Fiscalía puede asegurar que el cálculo de los peritos sobre la distancia entre Boquerón y el puente sobre el río Coello, y entre Boquerón y el cerro de San Antón o Sapo es muchísimo mayor de los 6.000 pasos de que se ha hablado. Y si la identificación y localización no se hicieron en forma matemática, es claro que el dictamen está afectado de error también grave. Y ¿por qué hicieron esto? Sencillamente porque así se les antojó, para poder localizar el cuadrado en la forma en que aparece en el croquis, pues es claro que así como fijaron el referido puente como uno de los vértices del cuadrilátero, habían podido señalar ese punto arriba o abajo del puente, adoptando el mismo criterio caprichoso y arbitrario, y entonces el cuadrilátero habría quedado en forma muy distinta a la indicada por los peritos. Y este grave error también se complementa

con un tercero, cuál fue el de localizar el cerro de San Antón o Sapo en el punto en donde aparece en el croquis, sin dar ninguna explicación, para luego calcular, y se vuelve a decir que en forma caprichosa y arbitraria, que del Boquerón a ese cerro hay solamente 6.000 pasos....”.

Tramitado en debida forma el incidente de objeciones, el Tribunal declaró no probada la tacha de error grave imputada al dictamen de los peritos, por providencia de fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, en que se adujo como razón que en el incidente no se habían producido los elementos de prueba con los cuales se pudiera demostrar esa tacha.

Contra dicha providencia interpuso el recurso de alzada el representante de la Nación, y por ello debe proceder a revisarla ahora esta Sala, después de agotadas las ritualidades de segunda instancia y de tomar en cuenta el alegato presentado por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Al efecto se considera:

Para la Corte el procedimiento que adoptaron los peritos para localizar la merced de tierras concedida a Pedro Guerra, estando dentro de los sitios de referencia reconocidos durante la inspección ocular, no puede ser materia sujeta a objeción por error grave, ya que se trata de una cuestión que corresponde a la competencia especial que se les supone a los expertos. Muy otro sería el caso si para esa localización se hubieran tomado como base sitios distintos de los reconocidos en la inspección, pues tamaño error sí sería objetivo y versaría sobre la materia misma de la pericia. La cuestión de por qué tomaron los peritos como punto de partida o uno de los vértices del cuadrilátero el paso de la carretera en el río Coello, en vez de otro procedimiento de localización, es obvio que corresponde a lo que debe entenderse por explicación o fundamentación del dictamen, cuya apreciación debe hacerse al tiempo de fallar.

La objeción de que no se midieron los lados del terreno que los peritos le asignan a la merced de tierras, podría a primera vista deducirse de la expresión usada por los mismos peritos, consistente en que calcularon 6.000 pasos entre el paso de la carretera en el río Coello y el punto identificado como el Boquerón o Portachuelo, y otros 6.000 pasos entre el Boquerón y Alto de la Chapa o cerro de San Antón. Si el término calcular se toma en el sentido de conjeturar, tendría razón el señor Fiscal del Tribunal; pero como ese término significa también computar una cosa por medio de ope-

**raciones matemáticas**, como lo anota el señor apoderado de los demandantes, a la Corte le surge la duda sobre cuál sería el sentido en que lo usaron los expertos. Por lo demás, como en el incidente no se practicó la inspección ocular pedida por el representante de la Nación, ninguna comprobación se pudo establecer por este medio. También en este caso el asunto debe estudiarse cuando se vaya a apreciar el dictamen al tiempo de fallár, tomando en consideración la forma en que haya sido fundamentado.

En cuanto a que los peritos no recorrieron o verificaron el terreno en que debían hacer la locali-

zación de la merced, ninguna razón existe para desvirtuar la afirmación en contrario que ellos mismos consignan en su dictamen.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha quince (15) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## PERJUICIO FUTURO. — INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 723 DEL C. J.

1.—Si ocurre de ordinario que la pena experimentada por un individuo tiende a disminuir con el transcurso del tiempo, no siempre este hecho se produce, porque pueden intervenir factores de otro linaje que modifiquen la constancia de la ley natural enunciada, y porque ésta —la ley natural— no implica una reducción invariable entre la disminución de la pena y el restablecimiento de la capacidad en el individuo, que es un fenómeno de distinto género y obedece por consiguiente, a causas diversas. El sufrimiento podía disminuir y hasta desaparecer y sin embargo mantenerse el anterior estado de merma de la capacidad.

2.—El artículo 723 del C. J. da margen para dos interpretaciones diferentes que pueden enunciarse así:

1º.—La ley ha otorgado al juzgador la facultad necesaria para apreciar y valorar las conclusiones periciales cuando se funde en inferencias, indicios o presunciones y en tal caso el papel del fallador se limita a aceptarlas cuando las encuentra debidamente fundadas o a rechazarlas en el evento contrario; y

2º.—El papel del juez es mucho más alto y activo, pudiendo llegar a ejercitar la facultad de desestimar el peritazgo y sustituir sus conclusiones pero fundándolas a su vez en otras probanzas del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el incidente que de conformidad con el artículo 553 del C. J. y demás disposiciones pertinentes se adelanta para la fijación en cifra numérica del quantum de los perjuicios que la Nación debe pagar al doctor José de J. Pulecio y a otra persona representada por él, de conformidad con el fallo que puso término al juicio ordinario de los mismos contra el Estado y que condenó a

éste en abstracto al pago de la indemnización. El auto del Tribunal fija en la cantidad de ciento quince mil novecientos noventa pesos con ochenta y siete centavos (\$ 115.990.87) moneda legal, el monto reclamado. Contra esa providencia ambas partes interpusieron recurso de apelación.

La sentencia en el juicio ordinario dispuso que en el presente incidente se liquidaran perjuicios morales objetivados a favor de José de Jesús Pulecio y perjuicios materiales a favor de ambos demandantes.

En el trámite de la segunda instancia se dictó por la Sala un auto para mejor proveer, se practicaron de conformidad con él algunas diligencias y se recibieron además sendos alegatos del señor Procurador Delegado en lo Civil y del señor apoderado de los actores.

### El perjuicio moral objetivado

Sobre este punto se dijo en la sentencia que puso fin al juicio ordinario:

“Para acreditar el daño moral objetivado causado al demandante doctor José de Jesús Pulecio se produjeron en el término de prueba de la segunda instancia las declaraciones de los doctores Gonzalo Esguerra, Juan Francisco Martínez, Luis María Ferro y Rafael Manotas G., las cuales coinciden en su fondo y contienen aseveraciones como las siguientes que se toman de la declaración del doctor Gonzalo Esguerra Gómez. “Sí me consta, puesto que el doctor Pulecio llevaba todos sus enfermos a la Clínica de Marly, que en los años que siguieron al incidente de Santa Ana su capacidad productiva se paralizó completamente, y que últimamente esa capacidad productiva profesional ha sido notoriamente inferior a la que tenía antes del 24 de julio de 1938. Sí me consta que la disminución de capacidad productiva se funda en un trastorno de las fuerzas psíquicas que fue violento en principio y que sólo se puede aminorar con el largo transcurso del tiempo; y que esa disminución se apoya también en el forzoso abandono que el choque moral lo obligó a hacer de sus deberes profesionales y de su clientela. Sí me consta, por haberlo apreciado personalmente, que antes del accidente de Santa Ana el doctor Pulecio gozaba de

ran prestigio profesional y buena clientela, y ejercía con actividad y entusiasmo la actividad de cirujano y de médico con buenos resultados peniarios. Si me consta que el doctor Pulecio ha disminuído su capacidad productiva en más de un cincuenta por ciento y que su afección psíquica le cortará en el futuro su capacidad de trabajo". En la declaración del doctor Forero (sic) se lee: "Me consta, como médico que soy, como conocedor actual y anterior del record profesional del doctor Pulecio, que éste ha disminuído su capacidad productiva en más de un cincuenta por ciento". La Corte estima que los testimonios relacionados son suficiente prueba del daño moral objetivado causado al doctor Pulecio en relación con la disminución de sus actividades profesionales después del siniestro aéreo de Santa Ana y como consecuencia de la depresión psíquica que sufrió por la muerte trágica de su esposa y de sus hijos. Como así lo acepta y reconoce su apoderado en el juicio, el quantum de este daño no se halla acreditado y será por tanto preciso que la liquidación correspondiente se haga en el incidente sobre ejecución del presente fallo. Allí se tendrá en cuenta cuál era la productividad económica profesional del doctor Pulecio antes del incidente y la disminución que respecto de ella se ha producido, para basar en esta relación el cómputo correspondiente acerca del perjuicio. No hay en los autos ningún elemento probatorio demostrativo de haberse causado a la menor Gloria Pulecio Mahecha daño moral objetivado, por lo cual no es procedente hacer la declaración condenatoria que en este punto se pide".

En el memorial de liquidación presentado por el abogado del actor, después de hacer unos cálculos sobre las actividades profesionales del doctor Pulecio en el año de 1937 y en el primer semestre de 1938, por concepto de intervenciones quirúrgicas en su consulta particular y visitas, se estima en \$ 1.554.44 la entrada mensual del facultativo en esa época. Para este cómputo tiene en cuenta el memorial de liquidación un informe estadístico que acompañó, suscrito por el Secretario de la Clínica de Marly y en el cual aparecen relacionadas las operaciones que aquél practicó en dicha Clínica en el tiempo indicado. Expresa el memorial de liquidación que fijada la capacidad productiva del doctor Pulecio en la época del accidente, corresponde de acuerdo con la sentencia fijar también un lapso de incapacidad absoluta y uno de incapacidad relativa, para lo cual hace consideraciones sobre la sentencia, la que en el parecer del liquidador estableció tales incapacidades absoluta y

relativa. Y agrega: "El lapso correspondiente a ésta incapacidad absoluta fue superior a dos años, pero he resuelto reducirlo a esta cifra para hacer más modesta la reclamación a que tiene derecho el demandante"; y que en cuanto a la incapacidad relativa "los testigos están de acuerdo y la Corte lo aceptó, que en los años subsiguientes a la incapacidad absoluta, el doctor Pulecio disminuyó su capacidad profesional "en más de un cincuenta por ciento (50%)", lo que sirve de base y ha de servirnos para la liquidación del daño. Y por lo que hace al tiempo de actividad profesional, debe tenerse en cuenta que el doctor Pulecio a la fecha del accidente tenía la edad de cuarenta y tres (43) años; que hasta hoy han transcurrido seis años, cumpliendo el doctor Pulecio la edad de cincuenta (50). Y que dada la naturaleza de su profesión y lo que ordinariamente ocurre entre los médicos y cirujanos de nuestro medio él tiene por delante un minimum de 10 años más de actividad profesional. De ahí en adelante su capacidad subsiste, pero para esta liquidación he resuelto prescindir de ella en atención a que podría sostenerse que la actividad de sus últimos años, puede ir en una curva descendente. Sin embargo, como lo demuestra la estadística de la Clínica de Marly, también existe una curva ascendente en el ejercicio profesional que compensaría la curva descendente y que haría que el promedio de renta mensual que representa la capacidad productiva fuera muy superior. Con todo, para hacer más modesta la reclamación hemos resuelto en no tomar en la presente apreciación de perjuicios la actividad profesional de los sesenta años de edad en adelante. Sin embargo, expresamente declaramos que esa circunstancia puede ser tenida en cuenta por los peritos al hacer el avalúo definitivo. Como base fundamental de esta liquidación tengo que hacer las siguientes consideraciones: a) Ante todo debe fijarse el promedio de renta mensual que tenía el doctor Pulecio en la fecha del accidente y que representa su capacidad productiva; b) La Nación debe pagar la suma correspondiente a la totalidad de la renta del doctor Pulecio en los dos primeros años, correspondiente a la incapacidad absoluta, suma que resulta de multiplicar el promedio de renta mensual por 24 meses; c) La Nación debe pagar cuatro años de incapacidad relativa, calculado (sic) en cincuenta por ciento (50%) y que corresponde a los años comprendidos entre julio de 1940 y julio del presente año (1944 que es el de la liquidación), cifra que resulta de multiplicar el cincuenta por ciento (50%) de la

renta anual, o sea \$ 9.326,64, por cuatro que es el número de años corridos hasta julio del presente. En este caso no se puede aplicar el sistema de amortización gradual, porque se trata de un tiempo ya transcurrido y por consiguiente del pago de una renta que debió entregarse en otras épocas; d) La Nación debe pagar diez años de incapacidad relativa en un cincuenta por ciento (50%) y que corresponde a los años comprendidos entre julio de 1944 y julio de 1954 para lo cual obrando de acuerdo con la doctrina de la Corte, se aplica el sistema de amortización gradual por lo que se trata del pago de una renta anticipada. Para este efecto, uso las tablas de Violeine, como lo veremos más adelante en la liquidación que hago".

Tomando como base para la liquidación las ya expresadas, el señor apoderado del actor fija así los perjuicios en concepto de daño moral objetivado:

#### Promedio de renta mensual

Por cirugía .....	\$ 954.44	
Por consulta y visitas .....	600.00	\$ 1.554.44

#### Incapacidad absoluta

24 meses de incapacidad absoluta a razón de \$ 1.554.44 por mes .....	37.306.56
---	-----------

#### Incapacidad relativa

4 años de incapacidad relativa contados del mes de julio de 1940 al mes de julio de 1944, a razón de \$ 9.326.64 por año, o sea el 50% de la incapacidad .....	37.306.56
10 años de incapacidad relativa, contados del mes de julio de 1944 al mes de julio de 1954, o sea hasta cuando el doctor Pulecio cumpla la edad de 60 años. Siguiendo el sistema de amortización gradual, para averiguar el capital que debe imponerse a interés, para que sea amortizado en diez años, a la rata del 6%, para que produzca una renta anual de \$ 9.232.64, o sea el 50% de la renta de Pulecio, resulta: capital es igual a \$ 9.326.64 dividido por 0.1359 (Tablas de Violeine), o sean .....	68.623.98"

El Tribunal en la providencia que es objeto de la apelación admite la división que el liquidador hace en dos períodos de incapacidad, absoluta en

el uno, relativa en el otro, subdividiendo éste último en dos etapas, la una correspondiente a tiempo pasado y la otra a tiempo futuro. Dice en el particular: "a) Capacidad productiva. Está demostrada con los siguientes elementos: Con la relación estadística expedida por el Secretario de la Clínica de Marly, sobre las actividades profesionales de orden quirúrgico en que intervino el doctor Pulecio en los años de 1937 y primer semestre de 1938, confirmada con las declaraciones de Hernán Gómez y Manuel Navas, visibles a folios 11 y 12 del cuaderno número 7; y con los testimonios de Juan S. Martínez Angulo, Luis María Ferro y Rafael Manotas, que corren a folios 13, 7 y 10 del mismo cuaderno. Los peritos Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey avalúan la capacidad productiva dicha, como también la capacidad productiva en actividades distintas al ramo de la cirugía, en el lapso indicado, en \$ 2.018.00 promedio mensual que excede al de \$ 1.554.44 en que lo estima el propio demandante. De ahí que se acoja este último promedio para no fallar **ultra petita**. b) Incapacidad absoluta. Todos los testigos citados declaran que el doctor Pulecio abandonó por más de dos años su ejercicio profesional, contados desde la fecha del siniestro, a consecuencia del trastorno psíquico violento que le produjo. Pero como él voluntariamente lo estima en dos años debe estar a ese lapso. En consecuencia el monto del daño es el de \$ 37.306.56. c) Incapacidad relativa. Los mismos testigos declaran que después del lapso prenombrado, el doctor Pulecio volvió a sus actividades profesionales, pero que su actividad sufrió una disminución equivalente a la mitad o más, de la que tenía antes del siniestro. Los peritos Uribe Cualla y Vergara Rey, a petición del Tribunal, ampliaron su dictamen rendido en noviembre de 1944, así: Cuando examinamos al doctor Pulecio encontramos en estado de normalidad sus funciones digestivas, respiratorias y circulatorias; y en condiciones aceptables para el ejercicio de su profesión de médico y cirujano; pero es evidente que su capacidad para el trabajo profesional se encuentra sensiblemente disminuída, sobre todo si se la compara con la que tenía antes de sufrir el choque moral de que fue víctima. La causa de esta disminución.... se debe al gran choque moral que experimentó al perder a su esposa e hijos y otros familiares, en las circunstancias de una catástrofe excepcional, que alteró profundamente su sistema nervioso y su estado psíquico produciendo un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva, que ha redu-

do notablemente su capacidad profesional. Teniendo en cuenta el estado psíquico actual del doctor Pulecio, y comparando su capacidad profesional anterior a la época de la tragedia, con la que queda desarrollar actualmente, conceptuamos que la ha disminuído **por lo menos en un cincuenta por ciento y que tenderá a disminuir en el futuro** (c. 6, fol. 14). El Tribunal se pregunta: ¿En qué modo y forma disminuirá en el futuro? Al decir de los expertos el doctor Pulecio se encontraba el 1.º de marzo de 1945 (c. 6, fol. 14) en condiciones aceptables para el ejercicio de su profesión de médico y cirujano; pero no obstante su capacidad profesional había disminuído en un cincuenta por ciento debido al choque que ha aumentado su pesimismo. Mas éste tenderá a disminuir en el futuro, y por consiguiente aumentará, en progresión inversa, su capacidad económica profesional. La curva de esta progresión futura es inexcrutable de manera cierta. Los expertos callan al respecto; y el juzgador ante la certeza de las lesiones psíquicas y económicas y ante la seguridad del restablecimiento progresivo de las mismas, y ante el imperativo de pronunciar un fallo, opta este criterio: está demostrado que del año de 1940 a 1944 la capacidad económica productiva se redujo en un cincuenta por ciento. Tanto los peritos como el damnificado fijan en diez años más la duración de la incapacidad relativa. Durante este lapso disminuirá con el avance de los días. Por consiguiente, el Tribunal estima que el doctor Pulecio recobrará en cada uno de esos diez años el cinco por ciento (5%) de su capacidad económica profesional". Con esta base hace luego el Tribunal un cálculo matemático y fija en \$ 35.897.59 el monto del perjuicio por incapacidad relativa de diez años. El señor Procurador Delegado en lo Civil hace entre otras las siguientes observaciones al auto que es objeto del recurso y al dictamen pericial de los médicos que se produjo en la primera instancia del incidente:

1.º—El cuadro estadístico de la Clínica de Marly arroja un dato fundamental: que en 18 meses el demandante ganó, con las operaciones allí relacionadas, la suma de \$ 17.180.00, moneda corriente. Por consiguiente, ese cuadro comprueba que el doctor Pulecio ganaba en la mencionada Clínica, un promedio mensual de \$ 954.44, moneda corriente, antes del siniestro de Santa Ana. 2.º—Las declaraciones de los doctores Gómez y Navas, citadas por el Tribunal, comprueban la autenticidad del cuadro estadístico en referencia, pero no agregan ningún dato nuevo sobre productividad del

doctor Pulecio antes del accidente. 3.º—El testigo doctor Ferro —citado por el Tribunal— sólo dice, en relación con la capacidad de trabajo del doctor Pulecio, antes de julio de 1938, que por haber trabajado mucho tiempo en la Clínica de Marly conoció las actividades profesionales del demandante. Nada más. Por tanto, de ahí no puede deducirse que tal declaración comprueba los datos que arroja el cuadro estadístico, ni mucho menos el avalúo de los peritos Uribe Cualla y Vergara Rey. Otro tanto ocurre con las declaraciones de los doctores Manotas y Martínez Angulo en que el Tribunal apoya su decisión. Ninguno de estos tres declarantes dice constarle qué suma mensual o anual ganaba antes del siniestro el doctor Pulecio con su trabajo profesional, y, tales testimonios no sirven para fijar la capacidad productiva del demandante antes del accidente. 4.º—Surge como consecuencia de los tres puntos anteriores que el Tribunal fundó su apreciación sobre la capacidad productiva del demandante única y exclusivamente en el cuadro estadístico de la Clínica de Marly. 5.º—El cuadro estadístico de la Clínica de Marly no es un instrumento público de los relacionados en el Código Judicial en el Capítulo III del Título XVII del Libro II, y por consiguiente, no puede dársele el valor de plena prueba, como si se tratase de tal clase de instrumentos. Su valor probatorio no es otro que el de una declaración de testigo, ya que ni siquiera fue obtenido mediante una inspección ocular en los libros de la mencionada clínica, sino traído a los autos directamente por la parte actora. . . . 7.º—También avalúan los peritos cuánto podía ganar el doctor Pulecio en desarrollo de su profesión de médico en actividades distintas de las operaciones que llevaba a cabo en la Clínica de Marly. Así, los doctores Uribe Cualla y Vergara Rey fijan en \$ 600.00, moneda corriente, mensuales "los honorarios del doctor Pulecio". Pero —observa la Procuraduría— estas actividades profesionales del doctor Pulecio distintas de su trabajo como cirujano en la Clínica de Marly, **no están probadas en los autos**. Cómo encuentran probadas estas actividades los peritos, es cosa que no dicen. . . . Hay que desechar, pues, el avalúo de las actividades profesionales del doctor Pulecio distintas de su trabajo profesional en Marly, y limitar a éste el rendimiento económico que de su profesión obtenía antes del siniestro de Santa Ana".

El señor abogado del actor entiende que al decir la Corte —en el fallo que puso término al juicio ordinario— que las declaraciones de los doctores

Gonzalo Esguerra, Juan Francisco Martínez, Luis María Ferro y Rafael Manotas G., "son suficiente prueba del daño moral objetivado causado al doctor Pulecio en relación a la disminución de sus actividades profesionales", aceptó el contenido de esos testimonios, de acuerdo con los cuales se demostró que el doctor Pulecio, durante más de dos años sufrió una incapacidad absoluta para el trabajo que le hizo paralizar completamente el ejercicio de su profesión, y que después de ese lapso continuó con una incapacidad mayor del cincuenta por ciento de su capacidad profesional. Que aceptada por lo Corte esta prueba, no era necesario acudir a otros elementos para la demostración de ese mismo hecho, sin embargo de lo cual, durante el término probatorio del incidente se trajeron nuevamente los testimonios de los doctores Luis María Ferro, Rafael Manotas y Luis F. Martínez, además de los testimonios de Manuel Navas y Hernán Gómez; y que todos ellos afirman que el doctor Pulecio acostumbraba llevar todos sus enfermos a la Clínica de Marly, antes del mes de julio de 1938, "que conocieron su actividad profesional en esa época y la han conocido con posterioridad a aquella fecha; que por ese motivo saben que a consecuencia del choque moral que sufrió el doctor Pulecio, éste tuvo que abandonar su profesión por más de dos años y que luégo volvió a ejercerla pero con una intensidad menor del cincuenta por ciento". Más adelante agrega el señor abogado: "Estima el señor Procurador que la sentencia de la Corte no dejó establecida cuál fue la disminución de capacidad productiva del demandante Pulecio; que tal hecho no puede demostrarse con declaraciones de testigos y que el dictamen de los doctores Uribe Cualla y Vergara Rey carece de fundamento a ese respecto. Las transcripciones que hice anteriormente prueban sin lugar a la menor duda, que la Corte aceptó la existencia de una incapacidad absoluta por un lapso de dos años y la ocurrencia de una incapacidad relativa de un 50% en el resto de la actividad profesional... Indudablemente la Corte aceptó para después de los dos primeros años siguientes al siniestro el cincuenta por ciento de incapacidad, porque tal hecho fue demostrado con testigos de toda excepción, pero como no se demostró en el plenario del juicio ordinario cuáles eran las entradas en dinero del doctor Pulecio anteriores al mes de julio, necesariamente tenía que ordenar que de acuerdo con el artículo 553 del C. J. se fijara tal factor; mejor dicho, la Corte aceptó la disminución de la capacidad de trabajo, y por esto en la parte de la

sentencia que transcribe el Procurador habla de productividad económica profesional, no de rendimiento de trabajo. Este es el error del Procurador que lo ha llevado a sostener que no se demostró ni en el juicio ni durante el incidente, cuál fue la disminución de capacidad de trabajo del profesional Pulecio. Sobre este error rueda toda su argumentación, la que resulta errada como acaba de demostrar. . . . Esto en cuanto se refiere a lo resuelto por la Corte en la sentencia de 13 de diciembre de 1943, pero si a esto se agrega, que en el incidente de regulación se trajeron nuevas pruebas para reforzar la tesis sustentada por la misma Corte, como fueron las declaraciones de los doctores Luis María Ferro, José Gregorio Olarte, Luis Convers, Rafael Manotas, Manuel Navas, Hernán Gómez y Juan (sic) F. Martínez Angulo, quienes por hechos positivos, por haberlo presenciado, afirman que las actividades profesionales del doctor Pulecio desaparecieron totalmente en los dos primeros años siguientes al siniestro y disminuyeron en más de un 50% en el resto de su vida, la tesis del Procurador no tiene base sólida. Pero es más, mi parte no se contentó con estas declaraciones sino que llevó a los autos el dictamen pericial de los doctores Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey, quienes, como lo dije arriba, en un estudio que les honra, llegan a la misma conclusión de los testigos"

Ha de examinar en primer lugar la Corte la cuestión tocante con el contenido o alcance de la sentencia que puso fin al juicio ordinario, en la parte que ha sido comentada por el señor Procurador y por el abogado del actor.

Después de reproducir la Corte en su fallo dos de los testimonios rendidos en el juicio, el del doctor Gonzalo Esguerra Gómez y el del doctor Luis María Ferro, quienes afirman que el doctor Pulecio llevaba sus enfermos a la Clínica de Marly hasta julio de 1938; que en los años que siguieron al accidente su capacidad productiva se paralizó completamente, y que más tarde esa capacidad fue notoriamente inferior a la que tenía antes del 24 de julio de 1938; y que esa capacidad productiva ha disminuido en más de un 50%, agregó: "La Corte estima que los testimonios relacionados son suficiente prueba del daño moral objetivado causado al doctor Pulecio en relación con la disminución de sus actividades profesionales después del siniestro aéreo de San Ana y como consecuencia de la depresión psíquica que sufrió con la muerte de su esposa y de sus hijos. Como así lo acepta y reconoce su apoderado en el juicio, el quantum de

ste daño no se halla acreditado y será por tanto preciso que la liquidación correspondiente se haga en el incidente sobre ejecución del presente fallo. Allí se tendrá en cuenta cuál era la productividad económica profesional del doctor Pulecio antes del accidente y la disminución que respecto a ella se ha producido, para basar en esa relación el cómputo correspondiente acerca del perjuicio”.

Para entender el pensamiento de la Corte en el citado fallo ha de observarse que si bien es verdad que en los testimonios a que alude la propia sentencia se habla de una incapacidad total por un tiempo del doctor Pulecio y de una disminución de su capacidad de trabajo o de su capacidad productiva en el presente y para el futuro, sin embargo la sentencia no declaró aquella incapacidad total ni la merma de un 50% de ella; no dijo que hubiese sido completa la incapacidad en los dos primeros años, ni que fuese de un 50% en el porvenir; dijo sí que había suficiente prueba del daño moral objetivado, considerado en general, en abstracto; para eso y por ese concepto aceptó las declaraciones; no para el **quantum** o medida de la capacidad o de la incapacidad en concreto, pues si tal cosa hubiese hecho, habríanlo expresado con claridad declarando la incapacidad total en dos años, a los cuales se referían los testigos, y habría dispuesto que en la liquidación se fijase el monto correspondiente a una merma de capacidad posterior a los dos años, actual y futura, con base en la reducción al 50% de la aptitud profesional del doctor Pulecio. “Allí se tendrá en cuenta —dijo la Corte— cuál era la productividad económica profesional del doctor Pulecio **antes del accidente** y la **disminución que respecto a ella se ha producido**, para basar en esa relación el cómputo correspondiente acerca del perjuicio”. Esto lo declaró el fallo sin salvar del cómputo los dos años de incapacidad inicial y absoluta a que los testigos se refieren; luego no admitió la prueba del **quantum** para ningún tiempo. Según la sentencia, en el incidente ha de tenerse en cuenta la productividad económica profesional del doctor Pulecio **antes del accidente** y la disminución que respecto de ella se ha producido, total o parcial desde luego. Y si en el incidente, de acuerdo con el fallo, hay que tener en cuenta esa productividad anterior al accidente y la disminución de ella, sin salvedad alguna, sin advertir que para los dos primeros años, por ejemplo, esa comparación no se aplicaba, sino que automáticamente para ese tiempo el **quantum** de la indemnización quedaba fijado por lo que ganaba y había dejado de ganar el doctor Pulecio en los dos

años, sin atender a ninguna disminución, la que solamente habría de tener influencia para el cálculo referente al tiempo posterior a los dos primeros años, en que la incapacidad fue total según los testigos, es porque la sentencia sometió la fijación de todo el monto del perjuicio a este incidente. No excluyó el fallo para el cómputo el tiempo inicial de la incapacidad, sino que lo comprendió todo, lo que demuestra que la cita de las declaraciones fue tan sólo una referencia a ellas para deducir que de un modo general y abstracto la incapacidad se había producido. Y esta misma razón demuestra también que respecto de la incapacidad posterior a los dos primeros años tampoco la aceptó la sentencia; reducida o fijada desde entonces por un 50% de la capacidad normal, sino que la merma de ésta se establecería al regularse los perjuicios en la articulación teniendo en cuenta al hacerlo, como única norma, la productividad anterior del facultativo y la disminución que respecto a ella se ha producido, “para basar en esa relación el cómputo correspondiente acerca del perjuicio”.

Dice el señor abogado que la Corte aceptó la disminución de la capacidad de trabajo del doctor Pulecio, pero no la disminución económica como producto del mismo trabajo, por lo cual la sentencia habla de productividad económica profesional y no de rendimiento de trabajo. No ve la Sala, para este caso, diferencia esencial entre los dos conceptos, de que haya de desprenderse ninguna consecuencia. La productividad económica profesional y el rendimiento de trabajo, si este es profesional, como en el caso del doctor Pulecio, son términos análogos. La disminución en la productividad económica profesional, cuando se demuestra, acredita la disminución de la capacidad de trabajo profesional.

Se tiene, pues, como conclusión del examen acerca del contenido del fallo en el juicio ordinario que según él la liquidación del **quantum** en el presente incidente debe hacerse por lo que resulte probado en la articulación, sin considerar que exista base anterior obligatoria sobre disminución concreta de la capacidad profesional del doctor Pulecio, ni en el tiempo inmediato que siguió a la tragedia de Santa Ana, ni en el tiempo posterior a ella, ya sea pasado o futuro.

Por lo visto y de conformidad con lo dispuesto en la sentencia que puso término al juicio ordinario, el presente incidente debe establecer: 1º—La productividad económica profesional del doctor

Pulecio; 2º—La disminución que respecto a ella se ha producido; 3º—El monto del perjuicio con base en esa relación.

**a) Productividad económica profesional del doctor Pulecio anterior al accidente**

Con el fin de demostrarla se allegaron comprobaciones de dos clases: un cuadro estadístico autorizado por el Secretario de la Clínica de Marly, en que aparecen relacionadas las operaciones e intervenciones quirúrgicas que el doctor Pulecio practicó en esa Clínica durante el año de 1937 y el primer semestre de 1938; y testimonios de varios declarantes referentes a las actividades profesionales del doctor Pulecio.

El cuadro estadístico que acompañó el señor abogado cuando hizo la liquidación autorizado por el señor Secretario de la Clínica de Marly (folios 2 y 3, c. 6), contiene una relación de las operaciones quirúrgicas en que intervino el doctor Pulecio en el año de 1937 y en el primer semestre de 1938, con la adición del valor o precio cobrado en razón de ellas por él, unas veces como primer cirujano y otras como segundo. Creyó conveniente la Sala, antes de formar su juicio sobre el valor de este elemento de prueba y de decidir el incidente, disponer, como así lo hizo en auto para mejor proveer, que se practicara una inspección ocular en los libros y documentos de la Clínica de Marly pertinentes para verificar en ellos los datos del cuadro. Esa diligencia se practicó en los días 3 y 11 de junio de 1946 (folios 60 a 61) y de ella aparece que trasladado el personal de la diligencia a la clínica, el señor Manuel J. Navas, Secretario de ella, presentó los libros de donde fueron tomados los datos del cuadro en mención. Sobre esos libros se hicieron varias verificaciones de datos directamente, en una primera sesión, y luego, una vez elaborados por el Secretario de la Clínica unos extractos detallados tomados de los mismos libros y referentes a las operaciones practicadas por el doctor Pulecio en el período comprendido entre el primero de enero de 1937 y el 22 de julio de 1938, con indicación de la fecha de la operación, el número de la

historia clínica, la calidad en que intervino el doctor Pulecio (como cirujano principal o como ayudante) y la clase de operación realizada, se procedió a verificar los datos que aparecen en dichos extractos (folios 49 a 57, c. 8) y se encontró, en todos los casos escogidos para la confrontación, que los datos del extracto corresponden fielmente a los asientos de los libros de la Clínica de donde fueron tomados. Esta confrontación demuestra la veracidad del cuadro inicialmente presentado en el juicio, que elaboró la Clínica de Marly y que sirvió de base a la liquidación hecha por el abogado del doctor Pulecio y luego a los cómputos de los peritos evaluadores.

En la inspección ocular se pudo constatar que en los libros de estadística de la Clínica de Marly de donde se tomaron los datos para el cuadro referente a las actividades quirúrgicas del doctor Pulecio hay también idénticos asientos respecto de muchos otros facultativos de Bogotá que operaban en la Clínica. La manera como se hizo constar en esos libros los detalles de las operaciones que otros cirujanos practicaron es la misma que se empleó para registrar las operaciones hechas por Pulecio. Esta observación se puede comprobar examinando las copias que de esos libros se tomaron en la inspección y que aparecen a folios 40 a 57 del cuaderno número 8.

De la ampliación que se practicó en materia probatoria, como consecuencia del auto para mejor proveer, dirigida a aclarar puntos dudosos, principalmente a establecer la veracidad de la certificación que expidió la Clínica de Marly referente a las operaciones que en ella practicó el doctor Pulecio en el año de 1937 y en el primer semestre de 1938, del testimonio juramentado que rindió el Secretario de la clínica, y de las declaraciones de los médicos Juan F. Martínez, Gonzalo Esguerra, Rafael Manotas y Hernán Gómez, compañeros de trabajo del doctor Pulecio en la Clínica, queda establecido que el demandante operaba en dicho establecimiento según lo atestigua la certificación que inicialmente se acompañó al pedimento sobre liquidación y pago de perjuicios a que se refiere este incidente.

## (PONENCIA DEL MAGISTRADO DOCTOR RAMON MIRANDA)

**Disminución de la capacidad profesional del doctor Pulecio después del accidente de Santa Ana**

La incapacidad total para el trabajo que sufrió el doctor Pulecio en los dos primeros años de la tragedia de Santa Ana se halla demostrada plenamente en los autos por la ausencia de intervenciones quirúrgicas suyas en la Clínica de Marly en ese tiempo y por las declaraciones uniformes en particular de los citados facultativos doctores Juan F. Martínez, Gonzalo Esguerra, Rafael Manotas, Hernán Gómez y del señor Manuel J. Navas. Todos ellos afirman que el doctor Pulecio no ejerció durante ese lapso actividad profesional en la clínica.

Para demostrar la disminución de la capacidad profesional del doctor Pulecio en el tiempo posterior a aquellos dos primeros años de incapacidad absoluta, se han allegado los mismos testimonios que se refieren a la disminución total de la capacidad, y se ha producido un dictamen pericial de médicos que examinaron al doctor Pulecio y que conceptuaron acerca de esa disminución de su capacidad de trabajo. La Sala examina separadamente estos elementos comprobatorios.

a) Los doctores Rafael Manotas, Hernán Gómez y Juan F. Martínez Angulo declararon en el incidente constarles que después de los dos primeros años que siguieron al 24 de julio de 1938, al volver a ejercer su profesión de médico cirujano el doctor Pulecio, su actividad profesional y su capacidad productiva fueron menores de un 50% de las que tenía con anterioridad a dicha fecha. Como encontrarla la Sala conveniente que estos declarantes explicaran cómo y por qué les constaba ese hecho, se dispuso la ampliación de sus testimonios en el auto para mejor proveer ya citado, a fin de que diesen las razones fundamentales de su aserto. Reducidas las ampliaciones de sus testimonios resulta lo siguiente: El doctor Hernán Gómez S. manifiesta: "Dije en mi primera declaración rendida en este juicio que el doctor José de Jesús Pulecio después de un lapso de dos años a partir del accidente de Santa Ana "volvió a ejercer la medicina y cirujía pero sólo con una intensidad menor del 50% de la que tenía al tiempo de la

tragedia", porque así lo pude apreciar claramente como interno de la Clínica de Marly, cargo que principié a desempeñar en el año de 1931 y que ejercí hasta el de 1938, luego a partir del año de 1940, hasta la fecha (5 de mayo de 1946) he vuelto a trabajar como médico en la Clínica de Marly y por esta circunstancia he tenido un contacto permanente con el doctor José de Jesús Pulecio, quien ejerce y ha ejercido siempre en la misma Clínica y por esta circunstancia me he dado cuenta de cuál ha sido su actividad profesional y he podido comparar la intensidad con que trabajaba antes de la tragedia de 1938 y la que desarrolló dos años después cuando reinició sus labores en la Clínica". El doctor Juan F. Martínez declara: "Por las dos razones expuestas anteriormente y porque habiendo dejado de ejercer la profesión perdió en la Clínica el puesto de Jefe de Clínica Quirúrgica, puesto en el cual yo fui nombrado para reemplazarlo, es muy explicable la merma que tuvo el doctor Pulecio en su actividad profesional cuando inició de nuevo sus labores de médico. Yo me di cuenta en desempeño de mi cargo en la Clínica de Marly, que el número de casos operados o que ayudó a operar el doctor Pulecio, cuando inició nuevamente sus actividades fue inferior notoriamente al 50% de los en que ordinariamente intervenía con anterioridad a la tragedia de Santa Ana; esto me consta porque estando yo trabajando en esa Clínica vivía en contacto permanente con todas las actividades médicas que en ella se desarrollaban y podía comparar fácilmente cuál era la actividad del doctor Pulecio al recomenzar su trabajo y cuál había tenido anteriormente". El doctor Rafael Manotas dice en su ampliación: "Me consta que el doctor Pulecio abandonó por más de dos años el ejercicio de su actividad profesional porque durante todo ese tiempo estuve en contacto íntimo con él y porque en la Clínica de Marly en donde ejercía casi toda su actividad quirúrgica no volvió a efectuar ninguna operación. Me consta también que su actividad profesional se redujo por lo menos a la mitad porque antes de los sucesos de Santa Ana el doctor Pulecio era no solamente uno de los cirujanos que más operaba en la Clínica y a quien con más frecuencia se recurría como colaborador quirúrgico, sino porque después de los sucesos

de que fue víctima, el público que antes aceptaba gustoso la insinuación que los médicos hacían del nombre del doctor Pulecio, bien fuera como cirujano o como asesor quirúrgico comenzó a rechazarlo... En esas condiciones nos fue imposible a los que acudíamos al doctor Pulecio para que operara los casos que no pertenecían a nuestra especialidad o para que colaborara en los restantes, el volver a llamarlo". El señor Manuel J. Navas dice: "Conozco al doctor José de J. Pulecio desde el año de 1928 en que entré a administrar la Clínica de Marly. En ese entonces el doctor tenía una buena clientela, figuraba entre los cirujanos que más practicaban operaciones. Después a los diez años fue la tragedia de Santa Ana y después de este siniestro el doctor no volvió a ejercer sus actividades por el término de dos años. Luego, por insistencia de los clientes y amigos volvió a la Clínica pero sin mayor entusiasmo y para mí tengo que desde esa época para acá no han alcanzado sus actividades al cincuenta por ciento (50%) de las que tenía anteriormente... Durante diez y ocho años he permanecido en contacto continuo con los médicos y demás personal de la Clínica y si el doctor Pulecio ha vuelto, en parte, a trabajar ha sido a insistencia de sus muchísimos amigos que se han empeñado en que vuelva, y con ánimo de que pueda distraerse un poco volviendo al trabajo. Por el conocimiento íntimo que tengo del movimiento quirúrgico de la Clínica calculo que las actividades del doctor Pulecio en estos últimos años han bajado a más de la mitad de las que yo conocí en los primeros años en que trabajó en la Clínica".

Como a los testimonios que acaban de transcribirse se agrega la certificación detallada expedida por el Secretario de la Clínica de Marly sobre las intervenciones quirúrgicas del doctor Pulecio entre el 24 de julio de 1940 y el mes de diciembre de 1944, testificación obtenida en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte y que registra una disminución en las actividades profesionales del doctor Pulecio que coincide con las que atestiguan los declarantes, ha de admitir la Sala hallarse también demostrado en los autos que la capacidad de trabajo del doctor Pulecio sufrió una merma no inferior a un 50% después del accidente de Santa Ana en el tiempo a que los testimonios se refieren, y que según ellos se prolonga todavía con igual intensidad.

b) Los peritos doctores Gabriel Vergara Rey y Guillermo Uribe Cualla habían conceptuado lo siguiente: "Teniendo en cuenta el estado psíquico

actual del doctor Pulecio, y comparando su actividad profesional anterior a la época de la tragedia, con la que puede desarrollar actualmente, conceptuamos que ella ha disminuído por lo menos en un 50% y que tenderá a disminuir en el futuro. En la ampliación decretada por la Corte los mismos peritos dicen: "De ahí que una afección psíquica, como la del doctor Pulecio constituya una disminución permanente de la capacidad productiva. Al conceptuar nosotros que a la fecha de examen del doctor Pulecio había disminuído su capacidad "por lo menos en un cincuenta por ciento", lo hicimos previo el estudio de sus condiciones psicofísicas y comparando la actividad "que pueda desarrollar actualmente" con la que tenía a la fecha del siniestro, según pruebas del expediente. Es claro que el doctor Pulecio después de los dos años de la tragedia, durante los cuales abandonó su profesión, no volvió a ejercerla de un golpe con una actividad del cincuenta por ciento (50%) de la que tenía antes del siniestro. El principio a una nueva actividad profesional, cuyos vértices conceptuamos que estarían, si mucho, en un cincuenta por ciento de su actividad anterior y comparados los promedios de la actividad actual con la de la anterior aquel no podrá pasar de un cincuenta por ciento de éste". Los señores peritos al dictaminar, así en su primer experticio como en la ampliación, que la actividad del doctor Pulecio se ha rebajado a menos de un cincuenta por ciento de la que tenía antes del accidente de Santa Ana, se apoyan en las pruebas del expediente, tomando los promedios de la actividad actual y los de la anterior para hacer sus deducciones. El señor Procurador Delegado considera que la estimación pericial carece de fundamento al hablar de la capacidad productiva del doctor Pulecio. "Este tanto por ciento (el del cincuenta por ciento) surge, de pronto, —dice la Procuraduría— sin ningún fundamento, sin base de ninguna clase, sin consideración técnica ninguna que pueda respaldarlo". Hecha la ampliación de los dictámenes, aun cuando es cierto, como lo observa el señor Procurador, que la fundamentación de ellos es un tanto deficiente por falta de explicación detallada, encuentra sin embargo la Corte que tales dictámenes sí tienen apoyo en la verdad probatoria del proceso, pues ya se vio cómo los datos estadísticos tomados en los libros de la Clínica de Marly y los testimonios de los facultativos y otras personas con quienes trabajaba y volvió a trabajar posteriormente el doctor Pulecio en esa Clínica, llevan también a la conclusión de haberse registrado y observado por esos medios

una disminución en la actividad profesional del doctor Pulecio mayor de un cincuenta por ciento.

En resumen, puede darse por probado, el hecho que durante los dos años siguientes a partir del veinticuatro (24) de julio de mil novecientos treinta y ocho el doctor Pulecio abandonó por completo el ejercicio de su profesión, por lo menos en lo que se refiere a sus ocupaciones médicas en la Clínica de Marly; o en otro término, que la Corte acepta para el referido período de dos años una incapacidad absoluta que debe resarcirse a título de indemnización, conforme a la apreciación pericial que al efecto se llevó a cabo. Igualmente, del examen que la Sala ha hecho de las estadísticas elaboradas por la Clínica de Marly resulta que en la época anterior al accidente, o sea durante el año de 1937 y el primer semestre de 1938, el doctor Pulecio practicó como cirujano principal y como ayudante un total de 281 operaciones, lo que arroja un promedio de 93 operaciones por semestre. Y en el período de recuperación parcial de sus actividades en la misma Clínica —comprendido entre el 24 de julio de 1940 y diciembre de 1944— alcanzó a realizar un total de 331 operaciones semestrales. De acuerdo con estas cifras el rendimiento profesional del doctor Pulecio en el mencionado establecimiento asciende apenas a un 38% de su productividad anterior al accidente de Santa Ana, o sea una pérdida del 62% de su capacidad. Este porcentaje que arrojan los mencionados cuadros estadísticos corresponde al cálculo que los testigos mencionados anteriormente indican como disminución en el rendimiento del demandante. Pero debe observarse: 1º—Que el señalamiento hecho por los testificantes no tiene por sí mismo valor demostrativo, pues no es esta la función que la ley ni el derecho probatorio dan al testimonio, aun cuando sí llama la atención la coincidencia que existe entre sus deposiciones y la prueba que arroja la estadística de la Clínica; y 2º—Que el demandante en su memorial de liquidación de los perjuicios adoptó el cincuenta por ciento de incapacidad. Lo que quiere decir que la Sala, de acuerdo con el inciso final del artículo 471 del Código Judicial, no puede apartarse de los términos del libelo y adoptar un porcentaje mayor.

Por estos motivos la Sala se inclina a prestarle plena fe a esta última prueba y tener como evidente el hecho de la disminución en el tanto por ciento conocido, adoptado por el demandante.

Por lo que hace al período comprendido entre el mes de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) hasta la fecha señalada en la experticia Gaceta—13

como plazo final de la vida productiva del damnificado hace la Sala las siguientes consideraciones: En primer lugar habrá de detenerse la Corte a examinar los reparos que en este punto formula el señor Procurador Delegado en lo Civil a la pericia de los facultativos doctores Uribe Cualla y Vergara Rey y la ampliación que sobre ella rindieron posteriormente. A este respecto dice la Procuraduría: "Dar solución a ese difícil problema científico diciendo que toda persona pierde capacidad a medida que envejece, es no resolver nada. En relación con la catástrofe de Santa Ana, y su resultado en el ánimo del doctor Pulecio, cree la Procuraduría que, al contrario de lo sostenido por los peritos, es natural considerar que, a medida que pasan los años, la intensidad de la pena y la incapacidad profesional van disminuyendo, pues es completamente excepcional el caso en que el sufrimiento por un hecho dado va aumentando a medida que transcurre el tiempo". Como consecuencia de sus observaciones solicita que se declare insuficientemente fundado en este punto el dictamen y que se desestime como prueba del daño.

En realidad, el argumento tiene alguna fuerza pero no es suficiente en modo alguno para acceder a la petición formulada por el Ministerio Público; porque si ocurre de ordinario que la pena experimentada por un individuo tiende a disminuir con el transcurso del tiempo, no siempre este hecho se produce, porque pueden intervenir factores de otro linaje que modifiquen la constancia de la ley natural enunciada, y porque ésta —la ley natural— no implica una reducción invariable entre la disminución de la pena y el restablecimiento de la capacidad en el individuo, que es un fenómeno de distinto género y obedece por consiguiente, a causas diversas. El sufrimiento podía disminuir y hasta desaparecer y sin embargo mantenerse el anterior estado de merma de la capacidad; así lo estudian y explican los peritos en la ampliación de su dictamen hecho ante la Corte. Precisamente para que se aclare esta actuación surgida del anterior concepto, esta entidad resolvió interrogar a los peritos en los términos que enseguida se copian:

"Los peritos doctores Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey dicen en la ampliación de su dictamen que aparece a los folios 13 y 14 del cuaderno 6 que "teniendo en cuenta el estado psíquico actual del doctor Pulecio, y comparando su actividad profesional anterior a la época de la tragedia, con la que pueda desarrollar actualmente,

conceptuamos que ella ha disminuído por lo menos en un cincuenta por ciento y que tendrá que disminuir en el futuro”.

Según lo aprecian los señores peritos el Dr. Pulecio paralizó por dos años la actividad profesional a raíz del siniestro de Santa Ana, y ella se redujo después a un cincuenta por ciento (50%) de la que tenía antes del siniestro y para el futuro tiende a disminuir. La Corte no encuentra claro este último concepto de los peritos, pues antes se afirma y deduce por ellos, que la actividad vino en aumento después de la paralización hasta llegar a un cincuenta por ciento (50%). ¿Por qué estiman los señores peritos —si éste es el sentido de su experticio— que aumentada a cincuenta por ciento (50%), no se mantendrá en el futuro, y al contrario, disminuirá más aún?”.

Los señores peritos contestaron así la pregunta dentro del término que al efecto se les señaló por la Sala:

“Para que la Corte pueda entender mejor el sentido de nuestro dictamen, basta transcribir algunos apartes del mismo y recordar que en nuestro concepto, el doctor Pulecio por el gran choque moral que experimentó, al perder a su esposa e hijos y otros familiares, sufrió una alteración profunda de su “sistema nervioso y estado psíquico, produciendo un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva”. Dijimos en esa oportunidad: “Todos los autores de psiquiatría admiten causas ocasionales que alteran el psiquismo de una persona, como son la fatiga, las emociones intensas producidas por estados pasionales, o por penas intensas, y entre esas la pérdida de miembros muy allegados a la familia; y es claro que pueden sobrevenir perturbaciones de la personalidad psíquica que desde luego también se reflejan en la actividad profesional. Y precisamente los choques de orden moral o emocionales, con mucha frecuencia producen estados simplemente depresivos o melancólicos, en los cuales el paciente que los sufre no solamente experimenta angustia, insomnio, pérdida de apetito, tendencia al mutismo, al llanto, etc., sino también las actividades profesionales se encuentran impedidas o muy disminuídas; así, si se trata de un profesional médico, pierde la serenidad, no puede dedicarse a sus clientes, porque el recuerdo de la pena lo tortura, no puede concentrar su atención, su pulso se altera sobremanera y si se trata de un cirujano no se encuentra en condiciones de hacer un diagnóstico y mucho menos ejecutar una delicada intervención quirúrgica, y es

claro que en estas especiales circunstancias, existen no sólo decadencia psíquica, sino también inercia motriz”.

El aparte anterior, explica, sin duda, lo que la Corte quiere saber: Las perturbaciones psíquicas son de ordinario más graves que las afecciones de carácter material, y dejan en la persona que las sufre huellas imborrables. Así, por ejemplo, la emoción violenta y la pena moral que por sus caracteres o intensidad llegan a producir un trastorno psíquico, son hechos que en todos los tiempos y en todas las épocas se hacen sentir por una lucha interna entre el recuerdo del pasado y los acontecimientos presentes, que se traducen en pérdida de la serenidad, alteración del funcionamiento de los distintos órganos y transformación de carácter, todo lo cual constituye un desgaste de las fuerzas psicofísicas. De ahí que una afección psíquica como la del doctor Pulecio, constituya una disminución permanente de la capacidad productiva; y de ahí también que esa incapacidad (sic) tienda a disminuir por el permanente desgaste que en las fuerzas psicofísicas experimenta el individuo con el recuerdo de los hechos que le causaron la pena. Al conceptuar nosotros que a la fecha del examen del doctor Pulecio había disminuído su capacidad “por lo menos en un cincuenta por ciento (50%)”, lo hicimos previo el estudio de las condiciones psicofísicas y comparando la actividad “que pueda desarrollar actualmente” con la que tenía a la fecha del siniestro, según pruebas del expediente. Es claro que el doctor Pulecio, después de los dos años de la tragedia durante los cuales abandonó su profesión, no volvió a ejercerla con una actividad del cincuenta por ciento (50%) de la que tenía antes del siniestro. El dio principio a una nueva curva de actividad profesional, cuyo vértice conceptuamos que estaría, si mucho, en un cincuenta por ciento de su actividad anterior; y comparados los promedios de la actividad actual con los de la anterior, aquél no podrá pasar de un cincuenta por ciento (50%). Y agregamos que todavía disminuirá aún más, porque es cierto que un individuo a medida que aumenta su edad y transcurre el tiempo, de hecho sus condiciones biológicas se relajan, sus defensas orgánicas se disminuyen, y por consiguiente las causas diversas de orden moral producen mayores desastres, y el control del sistema nervioso ya en desequilibrio se hará menos eficazmente; y es natural que en estas circunstancias, la capacidad profesional de un facultativo, lejos de mantenerse lo mismo, tien-

de más bien a disminuir y no permanece en el mismo nivel de actividad”.

Las conclusiones de los peritos tienen por fundamento las lesiones psíquicas que en general producen los choques en las personas que los sufren, su influencia en relación con las actividades propias de un cirujano, el carácter de irrepárrable que a su juicio presentan, los estragos orgánico-funcionales y psíquicos que causan y la consiguiente facultad de recuperación de la capacidad anterior por efecto de las mismas lesiones y por la concurrencia de factores biológicos como la edad y el desgaste de las fuerzas. Para la Corte estos razonamientos y consideraciones de los peritos deberían prevalecer sobre la simple apreciación abstracta formulada por la Procuraduría en cuanto expresa que a medida que pasan los años la intensidad de la pena y de la incapacidad profesional van disminuyendo porque es excepcional el caso en que el sufrimiento aumenta a medida que transcurre el tiempo. De la prueba pericial surge implícita la distinción entre la disminución de la pena por el transcurso del tiempo y la capacidad perdida; la pena puede disminuir y desaparecer sin que la capacidad se recupere total o parcialmente. No sostiene el dictamen que la pena experimentada por el doctor Pulecio se conserve indeleble o que no sea susceptible de disminuir o extinguirse sino que sus anteriores aptitudes para el cumplimiento de las tareas propias de su especialidad no lograrán readquirirlas sino hasta un límite equivalente a la mitad de su capacidad normal anterior.

Dilucidado este punto queda por considerar si las demostraciones que suministra el peritazgo son suficientemente aptas para poder hacer con base en ellas la estimación pecuniaria correspondiente al daño moral objetivado el cual se concreta en la pérdida de la capacidad relativa para el trabajo hasta el final de la vida profesional probable del doctor Pulecio.

A juicio de la Sala la prueba suministrada en tales condiciones no es lo suficientemente idónea para tal objetivo, por las razones que adelante se verán, y mucho menos en su condición de prueba única.

El artículo 722 del Código de Procedimiento Civil señala los requisitos excepcionales que debe llenar la prueba pericial para que el juzgador pueda darle plena fe y resolver con fundamento en ella la controversia. Enseña esta norma que el peritazgo debe versar sobre hechos sujetos a los sentidos de los expertos y sobre lo que expongan por modo evidente de acuerdo con los principios de su pro-

fesión u oficio, sin lugar a duda, como consecuencia de los mismos hechos. En el caso del litigio las observaciones personales de los facultativos no se refieren al examen del damnificado, pues lo que afirman como resultado del estudio clínico del doctor Pulecio se limita a conclusiones sobre su estado orgánico y funcional que encontraron en perfecta normalidad, según se ve de los apartes correspondientes a la diligencia. Y por lo que hace a las conclusiones de orden científico, la motivación del peritazgo no está basada en los principios de la ciencia médica y especialmente de la psicología experimental sino en hipótesis generales, lo que por tal aspecto elimina la posibilidad de considerar el dictamen como enmarcado dentro de la regla del artículo 722 del C. citado, y desplaza su ubicación al siguiente de la misma obra.

Esta consideración hace oportuno afirmar que el mencionado artículo 723 da margen para dos interpretaciones diferentes que pueden enunciarse así:

1ª—La ley ha otorgado al juzgador la facultad necesaria para apreciar y valorar las conclusiones periciales cuando se funden en inferencias, indicios o presunciones y en tal caso el papel del fallador se limita a aceptarlas cuando las encuentra debidamente fundadas o a rechazarlas en el evento contrario; y

2ª—El papel del juez es mucho más alto y más activo, pudiendo llegar a ejercitar la facultad de desestimar el peritazgo y sustituir sus conclusiones pero fundándolas a su vez en otras probanzas del proceso.

Dentro de cualquiera de las dos hipótesis derivadas de la disposición en cita, cumple a la Sala como función preliminar, el estudio de la fundamentación de la prueba, y es esto lo que enseguida va a verse.

Consta de autos (f. 17 del c. 7) que el 20 de noviembre de 1944 los peritos Uribe Cualla y Vergara Rey examinaron clínicamente al doctor Pulecio y encontraron “que es persona que revela 50 años de edad por su aspecto y estado de sus distintos sistemas; con tensión arterial 15 como máximo y 9 como mínimo (...); y cuyos aparatos digestivo, respiratorio, circulatorio, etc., son perfectamente normales”. Agrega que como resultado de este examen y previas consultas de las tablas usadas por las Compañías de Seguro su edad biológica puede determinarse en 69 años y su edad profesional en los 60, o sea hasta 1954. Y en el documento de fecha 30 de marzo de 1946 contenido en la diligencia de ampliación de peritazgo, se dice

por los mismos facultativos que su afirmación respecto a la pérdida de la capacidad del doctor Pulecio y al índice de su recuperación por el resto de su vida, lo hicieron "previo el estudio de sus condiciones psicofísicas y comparando la actividad "que pueda desarrollar actualmente" con la que tenía en la fecha del siniestro, según pruebas del expediente". En cuanto al estudio de las condiciones psicofísicas del damnificado que afirman haber hecho los peritos, sólo existe en el proceso lo que atrás se dejó copiado o sea que el demandante sufrió una alteración profunda de su sistema nervioso y estado psíquico produciéndose un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva. De esa afirmación deduce que de acuerdo con lo que al respecto expresan los autores de psiquiatría y por lo que se trata de un profesional médico hay lugar a prever la pérdida de la serenidad, la concentración de su atención, la alteración del pulso y la falta de las condiciones necesarias para hacer los diagnósticos y ejecutar intervenciones quirúrgicas de carácter delicado. Pero no afirman los expertos en manera alguna que tales fenómenos se hubieran presentado en el doctor Pulecio y, por consiguiente, sus expresiones al respecto sólo tienen el valor de simples hipótesis e inferencias y por este motivo la conclusión en cuanto a la pérdida de la capacidad productiva no presenta la requerida firmeza para tenerlas por evidentes y señalar con base en ella el quantum del perjuicio reclamado. Obvio es que si para la determinación de la capacidad relativa ocurrida en el lapso del 24 de julio de 1940 al mes de marzo de 1945, la Sala se atuvo a las demostraciones resultantes de la estadística de la Clínica de Marly y desestimó en este punto las conclusiones periciales, con mayor razón está obligada a no apreciar, por falta de una debida fundamentación, las que contiene la experticia respecto de la merma probable de capacidad existente a partir de la última fecha citada hasta el término de la vida profesional del doctor Pulecio.

Ahora bien, como no existen en el expediente otras probanzas que puedan servir de base a una apreciación distinta de la pericial, la lógica conclusión de lo expuesto es la de que en el incidente no se ha hecho por la parte demandante la demostración idónea que permita liquidar cuantitativamente este período de incapacidad en el caso de que realmente haya existido.

Los nombrados peritos Vergara Rey y Uribe Cualla estiman en \$ 600.00 mensuales las entradas profesionales del doctor Pulecio por concepto de consulta y enfermos a domicilio. Para llegar a

esa deducción expresan que la clientela del doctor Pulecio antes del accidente de Santa Ana era muy numerosa "porque ordinariamente en la clientela de un médico cirujano el 10% de ella es la que necesita la intervención quirúrgica y muchas veces este porcentaje es inferior. Si hacemos un cálculo con este porcentaje sobre las operaciones practicadas por el doctor Pulecio en el año de 1937 y en el primer semestre de 1938, tendríamos que en año y medio debió atender a más de quinientos pacientes. Pero colocándonos en un mínimum, estimamos que sólo seis clientes atendería a domicilio y en su consulta diariamente. Teniendo en cuenta el valor de las consultas y de las visitas médicas en esa época, no es exagerado, y por el contrario es bajo, calcularle un promedio de \$ 600.00 mensuales". Ha de observar la Corte que aunque el razonamiento de los peritos es lógico considerado de un modo general, no sirve para el caso de autos porque aquí, a diferencia de lo que ocurre en otros puntos de su dictamen, que encuentran apoyo en el expediente, no hay en él datos que permitan basar con fundamento serio el raciocinio de los peritos. No hay comprobaciones sobre el movimiento de su consulta y el ejercicio de su profesión fuera de la Clínica de Marly. Las pruebas que obran en el juicio se refieren a las actividades quirúrgicas del doctor en la Clínica, y ya de ellas se ha hecho buena cuenta para apreciarlas en esta decisión. Mas no ocurre lo propio con las actividades profesionales del doctor Pulecio fuera de la Clínica de Marly en consulta privada y en visitas a domicilio. De esta suerte el cómputo que los peritos hacen carece de apoyo en la realidad probatoria del proceso. En él no hay base que sustente la estimación pericial que por este concepto hacen los facultativos y que asciende a la cantidad mensual de \$ 600.00. Por esta razón la Corte desestima y no acepta el dictamen de los peritos, en el punto en cuestión, aceptándolo únicamente en la parte expuesta atrás.

#### Recapitulación:

Las pruebas allegadas al incidente establecen de manera plena: a) Que el doctor Pulecio sufrió una incapacidad absoluta durante los dos años comprendidos entre el 28 de julio de 1938 y el 24 de julio de 1940; y b) al retornar al ejercicio de su actividad profesional se vio mermada en un cincuenta por ciento (50%), situación que se prolongó hasta el mes de marzo de 1945, inclusive.

Para el tiempo posterior a marzo de 1945 falta la prueba que pueda dejar al juzgador suficiente-

mente convencido de que el doctor Pulecio ha de experimentar una incapacidad incuestionablemente proveniente de la tragedia de Santa Ana y no de causas naturales como el avance de los años, etc.

Puede pues, resumirse así el perjuicio moral objetivado:

a) Incapacidad absoluta: 24 meses de incapacidad absoluta comprendidos entre el 24 de julio de 1938 y el 24 de julio de 1940, a razón de \$ 954.44 al mes .....	\$ 22.906.56
b) Incapacidad relativa: 56 meses de incapacidad relativa, de un cincuenta por ciento (50%) contados del 24 de julio de 1940 al 24 de marzo de 1945, a razón de \$ 477.22, al mes, da una suma de .....	\$ 26.724.32
Total .....	\$ 49.630.88

**Perjuicio material**

Este capítulo de la indemnización no requiere un análisis muy detenido de la Corte. El Tribunal hace acertadas observaciones para liquidar el monto de este perjuicio y lo fija en la cantidad de \$ 5.480.16, por el tiempo futuro, tomando como base de los cálculos la suma de \$ 40.00 mensuales como sueldo de la persona que reemplaza a la madre en el cuidado de la hija. El señor Procurador Delegado en lo Civil encuentra aceptable este punto de la liquidación. El apoderado del actor hace algunas consideraciones para referirse a la estimación de la cuantía de este perjuicio, porque entiende que es mayor el costo del sostenimiento de una persona en las condiciones que contemplaron los peritos y que tuvo en cuenta el Tribunal. Está de acuerdo la Corte con el razonamiento del Tribunal referente al dictamen de los peritos Posse y Rojas, y consecuencialmente en que es base para el cómputo la suma de \$ 40.00 mensuales. Modi-

ficando la liquidación hecha por el Tribunal solamente para tener en cuenta el tiempo transcurrido desde cuando ella se hizo hasta ahora, y con aplicación de la tabla de Garuffa, se tiene que hay un lapso cumplido de 114 mensualidades, que a \$ 40.00 da un total de .....\$ 4.560.00

El segundo período que se extiende hasta enero de 1951, y es de dos años y nueve meses, se sujeta a la tabla de Garuffa, y se calcula así: para obtener un peso cada año durante tres (se aproxima por años) debe consignarse la suma de 2.673; pero como en lugar de un peso (\$ 1.00) la renta anual que ha de cubrirse es \$ 480.00, se multiplica por esta cantidad y se obtiene la suma de .....\$ 1.283.40

Suma el perjuicio material .....	\$ 5.843.40
Agregando a la cantidad de .....	\$ 49.630.88
la de .....	5.843.40

se tiene que el monto global de la indemnización asciende a la cifra de \$ 54.474.28

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, reforma la providencia del Tribunal que fue objeto de apelación, y fija en la cantidad de cincuenta y cuatro mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos con veintiocho centavos (\$ 54.474.28) el monto de las indemnizaciones por perjuicios reconocidas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 1943 y que la Nación debe pagar al doctor José de Jesús Pulecio.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Germán Alvarado. — Víctor Cock (con salvamento) — Aníbal Cardoso Gaitán (con salvamento) — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna E. — Nicolás Llinás Pimiento, Secretario.

## SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANIBAL CARDOSO GAITAN Y VICTOR COCK

La decisión que hoy profiere la Corte para ponerle término al presente incidente sobre liquidación de perjuicios aparece con una doble ponencia por no haber llegado los Magistrados que forman la Sala a un acuerdo respecto a todo el contenido de la resolución. Fue aprobado por la unanimidad de los Magistrados el proyecto que elaboró el ponente hasta el capítulo titulado: "Disminución de la capacidad profesional del doctor Pulecio después del accidente de Santa Ana". En este capítulo llegó a aprobarse la parte que en el proyecto consideró la merma de capacidad absoluta y la relativa que se refiere a una parte del tiempo transcurrido, hasta 1945, pues la ponencia extendía la indemnización por este concepto hasta el momento de dictarse el auto a que este salvamento de voto se refiere. Allí se concretó, para el fallo de liquidación, la diferencia en el criterio de los Magistrados, que hizo que se negara lo demás del proyecto del ponente relacionado con la merma de capacidad del doctor Pulecio en el lapso comprendido entre el año de 1945 y el de 1954.

Los Magistrados que suscriben el salvamento de voto entienden —apartándose con pena y con todo respeto de la opinión mayoritaria— que no es jurídica la desestimación que el fallo hace del dictamen pericial, acogiéndolo hasta 1945 y desechándolo para el tiempo posterior. Sostiene el fallo que respecto del primer lapso las estimaciones de los peritos son atendibles porque encuentran apoyo en otras pruebas del expediente y que en cuanto al segundo período, contado a partir de 1945, los peritajes deben desestimarse porque no encuentran base en otras comprobaciones y porque no están ajustados, en lo que mira al análisis de la personalidad del doctor Pulecio, a deducciones hechas con certeza, sino a inferencias más o menos probables y contingentes.

Estiman los suscritos Magistrados que un peritazgo que esté razonablemente fundado constituye plena prueba que obliga al juzgador aunque sus apreciaciones no tengan confirmación en otras pruebas. Precisamente el peritazgo tiene por objeto el que se haga por personas versadas o expertas en determinadas cuestiones o materias una apreciación que lleva a conclusiones nacidas del

raciocinio, del análisis y de la aplicación de conocimientos científicos a casos concretos. No es el peritazgo una prueba que se limite a constatar la existencia de hechos, pues entonces vendría a ser simplemente la inspección ocular o la información testimonial o documental; se enervaría el vigor y la esencia de la prueba pericial si se exigiera que ella fuese tan sólo el trasunto o reflejo de otras pruebas, y no la estimación y análisis sobre hechos o cuestiones sometidos al libre juicio de los expertos, limitado únicamente por la realidad, para no contrariarla, y por los dictados de la ciencia como contribución al esclarecimiento de los puntos sujetos al dictamen.

Consideramos, por lo que toca con el otro motivo de desestimación de la prueba, que las deducciones a que llegan los peritos que examinaron al doctor Pulecio no son simples inferencias, sino que están basadas en un convencimiento claro y en afirmaciones categóricas, suficientes para estimarlas como indubitables, y que por tanto obligan a contemplarlas como de la categoría legal de aquellas que forman una prueba que no le es dado al juez desatender.

Se incorpora aquí una parte de la ponencia en que se hacía el estudio correspondiente a la calificación de los dictámenes periciales, que no creemos deba modificarse en su contenido por las apreciaciones mayoritarias de la Sala:

"En relación con el segundo tiempo de la incapacidad relativa debe considerar la Corte los reparos que en este punto hace el señor Procurador Delegado en lo Civil al experticio de los citados facultativos doctores Uribe Cualla y Vergara Rey y la ampliación que de él rindieron. Piensa la Procuraduría que, 'al contrario de lo sostenido por los peritos, es natural considerar que, a medida que pasan los años, la intensidad de la pena y la incapacidad profesional van disminuyendo pues es completamente excepcional el caso en que el sufrimiento por un hecho dado va aumentando a medida que transcurre el tiempo". El argumento tiene fuerza, pero no es convincente. Es verdad que ordinariamente a medida que pasa el tiempo la pena disminuye. Lo que no es siempre cierto es que exista una relación obligada y determinante

entre la disminución de la pena y el restablecimiento de la capacidad de una persona. La pena puede disminuir, y hasta desaparecer, y puede sin embargo mantenerse el anterior estado de merma de la capacidad. Esto lo estudian y explican los peritos en la ampliación de su dictamen hecha ante la Corte. Precisamente para que se aclarara esta cuestión, surgida de un anterior concepto, la Corte determinó interrogar a los peritos en los siguientes términos: 'Los peritos doctores Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey dicen en la ampliación de su dictamen que aparece a los folios 13 y 14 del cuaderno 6 que 'teniendo en cuenta el estado psíquico actual del doctor Pulecio, y comparando su actividad profesional anterior a la época de la tragedia, con la que pueda desarrollar actualmente, conceptuamos que ella ha disminuído por lo menos en un cincuenta por ciento y que tenderá a disminuir en el futuro'. Según lo aprecian los señores peritos el doctor Pulecio paralizó por dos años la actividad profesional a raíz del siniestro de Santa Ana, y ella se redujo después a un cincuenta por ciento de lo que tenía antes del siniestro y para el futuro tiende a disminuir. La Corte no encuentra claro este último concepto de los peritos, pues antes se afirma y deduce por ellos que la actividad vino en aumento después de su paralización hasta llegar a un cincuenta por ciento. Por qué estiman los señores peritos —si éste es el sentido de su experticio— que esa capacidad aumentada a cincuenta por ciento, no se mantendrá en el futuro, y al contrario, disminuirá más aún?'.

"Los peritos contestaron:

"Para que la Corte pueda entender mejor el sentido de nuestro dictamen, basta transcribir algunos apartes del mismo y recordar que en nuestro concepto, el doctor Pulecio por el gran choque moral que experimentó al perder a su esposa e hijos y otros familiares, sufrió una alteración profunda de su sistema nervioso y estado psíquico, produciendo un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva'. Dijimos en esa oportunidad: todos los autores de psiquiatría admiten causas ocasionales que alteran el psiquismo de una persona, como son la fatiga, las emociones intensas producidas por estados pasionales, o por penas intensas, y entre ellas la pérdida de miembros muy allegados de la familia; y es claro que pueden sobrevenir perturbaciones de la personalidad psíquica que desde luego también se reflejan en su actividad profesional. Y precisamente los choques de orden moral o emocionales, con mucha frecuencia producen es-

tados simplemente depresivos o melancólicos, en los cuales el paciente que los sufre no solamente experimenta angustia, insomnio, pérdida del apetito, tendencia al mutismo, al llanto, etc., sino también las actividades profesionales se encuentran impedidas o disminuídas; así, si se trata de un profesional médico, pierde la serenidad, no puede dedicarse a sus clientes, porque el recuerdo de su pena lo tortura, no puede concentrar su atención, su pulso se altera sobremanera y si se trata de un cirujano no se encuentra en condiciones para hacer un diagnóstico y mucho menos de hacer una delicada intervención quirúrgica y es claro que en estas especiales circunstancias, existe no sólo decadencia psíquica sino también inercia motriz".

El aparte anterior explica, sin duda, lo que la Corte quiere saber: Las perturbaciones psíquicas son de ordinario más graves que las afecciones de carácter material, y dejan en la persona que las sufre huellas imborrables. Así, por ejemplo, la emoción violenta y la pena moral que por sus caracteres o intensidad llegan a producir un trastorno psíquico, son hechos que en todos los tiempos y en todas las épocas se hacen sentir por una lucha interna entre el recuerdo del pasado y los acontecimientos presentes, que se traducen en pérdida de la serenidad, alteración del funcionamiento de los distintos órganos y transformación del carácter, todo lo cual constituye un desgaste de las fuerzas psicofísicas. De ahí que una afección psíquica, como la del doctor Pulecio, constituya una disminución permanente de la capacidad productiva; y de ahí también que esa capacidad tienda a disminuir por el permanente desgaste que en sus fuerzas psicofísicas experimenta el individuo con el recuerdo de los hechos que le causaron la pena. Al conceptuar nosotros que a la fecha del examen del doctor Pulecio había disminuído su capacidad 'por lo menos en un cincuenta por ciento', lo hicimos previo el estudio de sus condiciones psicofísicas y comparando la actividad 'que pueda desarrollar actualmente' con la que tenía a la fecha del siniestro, según pruebas del expediente. Es claro que el doctor Pulecio, después de los dos años de la tragedia, durante los cuales abandonó su profesión, no volvió a ejercerla de un golpe, con una actividad del cincuenta por ciento de la que tenía antes del siniestro. El dio principio a una nueva curva de actividad profesional, cuyo vértice conceptuamos que estaría, si mucho, en un cincuenta por ciento de su actividad anterior; y comparados los promedios de la actividad actual con

los de la anterior, aquel no podrá pasar de un cincuenta por ciento. Y agregamos que todavía disminuirá aún más, porque es cierto que en un individuo a medida que aumenta su edad y transcurre el tiempo, de hecho sus condiciones biológicas se relajan, sus defensas orgánicas se disminuyen, y por consiguiente las causas diversas de orden moral producen mayores desastres, y el control del sistema nervioso ya en desequilibrio se hará menos eficazmente; y es natural que en estas circunstancias, la capacidad profesional de un facultativo, lejos de mantenerse lo mismo, tiende más bien a disminuir y no permanece en el mismo nivel de actividad”.

“Son categóricos los peritos al afirmar que en su concepto la capacidad productiva del doctor Pulecio tiende a disminuir a causa del permanente desgaste de sus fuerzas psicofísicas por el recuerdo de la tragedia. A la pregunta de la Corte sobre si la capacidad, restablecida a un cincuenta por ciento, se mantendrá en el futuro, o disminuirá más aún, contestan diciendo que lejos de conservarse tenderá a disminuir, por el mayor efecto que las diversas causas de orden moral producen en una persona de condiciones biológicas y defensas orgánicas debilitadas.

Las conclusiones de los doctores Uribe Cualla y Vergara Rey tienen por base la naturaleza de las lesiones psicofísicas que los expertos precisan, su influencia y relación con las actividades propias de un cirujano, el carácter de irreparables que a su juicio presentan, los estragos orgánicos, funcionales y psíquicos que causan y la consiguiente imposibilidad de recuperación de la capacidad anterior por el efecto mismo de las lesiones y por la concurrencia de factores biológicos como la edad y el desgaste de las fuerzas psicofísicas. Para la Corte estos razonamientos y consideraciones de los peritos deben prevalecer sobre la simple apreciación, de carácter general, de que a medida que pasan los años, la intensidad de la pena y la capacidad profesional van disminuyendo, porque es excepcional el caso en que el sufrimiento aumenta a medida que transcurre el tiempo. Del experticio surge la distinción entre la disminución de la pena por el transcurso del tiempo y el restablecimiento de la capacidad perdida. La pena puede disminuir y hasta desaparecer sin que la capacidad se recupere. El dictamen pericial no sostiene que la pena experimentada por el doctor Pulecio se conserve inalterable o que no sea susceptible de disminuir o desaparecer, sino que sus anteriores aptitudes para el cumplimiento de las tareas propias de su

especialidad no logrará recuperarlas sino hasta un límite equivalente a la mitad de la capacidad normal; que la causa de las lesiones, o sea la pena, puede desaparecer, pero que sus efectos subsisten invariables o por lo menos no se modificarán favorablemente.

“Por consiguiente la incapacidad relativa del doctor Pulecio, posterior a la inicial y absoluta de dos años, debe medirse, para el efecto de la indemnización del perjuicio, por la merma de la capacidad a que según los peritos queda sujeto el doctor Pulecio durante su vida profesional probable, y que es de un cincuenta por ciento (50%)”.

Se agrega que a nuestro parecer las afirmaciones de los peritos, cuando refiriéndose al caso que se les sometió —el del doctor Pulecio— dicen que se trata de un profesional médico especializado en cirugía, y que en una persona que sufre un quebranto como el que afectó al doctor Pulecio “hay lugar a prever la pérdida de la serenidad, la concentración de su atención, la alteración del pulso y la falta de condiciones necesarias para hacer los diagnósticos y ejecutar las intervenciones quirúrgicas de carácter delicado” (palabras del auto), son afirmaciones que razonablemente deben entenderse aplicadas por los peritos al doctor José de Jesús Pulecio, y no hechas en forma abstracta o general. El dictamen de los peritos contiene pues conclusiones concretas sobre la persona a quien ellos examinaron y respecto de quien el Tribunal y la Corte les sometieron los interrogatorios que les sirvieron para desenvolver su pensamiento.

Creemos por tanto que no es jurídico desestimar el dictamen pericial y que éste debió informar la decisión de la Sala y la liquidación consiguiente; extendiéndose el avalúo del perjuicio a todo el tiempo que los peritos contemplaron por pensar que en él se extendía la incapacidad actual y futura del doctor Pulecio.

En el capítulo de la ponencia que se negó referente a la incapacidad relativa, ésta se calculaba así hasta el mes de agosto de 1947, por esperarse para esa fecha la expedición del fallo:

#### **Incapacidad relativa**

El tiempo de esta incapacidad se divide en dos períodos: el que comprende el lapso corrido a partir del 24 de julio de 1940, en que terminó la incapacidad absoluta, hasta cuando se profiere este fallo, que por ser ya vencido, debe liquidarse haciendo simplemente la suma de las cantidades mensuales correspondientes; y el peritido futuro,

contado a partir de esta última fecha, hasta el término a que debe extenderse la indemnización, o sea el mes de julio de 1954, cuando el doctor Pulecio cumple la edad de sesenta años, al cual período le es aplicable el sistema del descuento de lo que corresponde por intereses a la suma que se entrega anticipadamente.

La incapacidad relativa pretérita es de siete años y un mes, del mes de julio de 1940 al mes de agosto de 1947, es decir, 85 meses vencidos, no sujetos a disminución, a razón cada uno de \$ 477.22, mitad de \$ 954.44 (50% de la capacidad), lo que da un total de \$ 40.563.70

La incapacidad relativa futura es de 7 años. Para el cómputo se convierte primero la partida mensual de \$ 447.22 a la anual correspondiente, lo que da la suma de \$ 5.726.64. Conforme a la tabla de amortización gradual de Garruffa (G. J. Tomo LV, pág. 419), la

cantidad que debe depositarse para obtener un peso (\$ 1.00) cada año durante siete años es la de \$ 5.582; pero como en lugar de \$ 1.00 la renta anual que debe pagarse es la de \$ 5.726.64, se multiplica por esta cantidad y así resulta la de .....\$ 31.966.10

Las dos cantidades anteriores, que representan la indemnización por incapacidad relativa, dan como perjuicios de esta clase la suma de .....\$ 72.529.80

Como ha podido verse, nuestro desacuerdo con la providencia que hoy dicta la Sala se concreta a los puntos indicados, tocantes con una parte de la incapacidad relativa. En todo lo demás estamos identificados con dicha decisión.

Anibal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock.

## SE REFORMA EL AUTO ANTERIOR. — PERJUICIO FUTURO

La Corte acoge los siguientes conceptos de Planiol y Ripert en su Tratado de Derecho Civil:

“Si el perjuicio futuro ha de ser por la repetición o la continuación de un perjuicio actual, esa circunstancia, que hace posible su evaluación, permite el pronunciamiento inmediato de una sentencia condenatoria, evitando al interesado el tener que volver periódicamente ante los Tribunales a reclamar daños y perjuicios en razón de los perjuicios sufridos nuevamente”. (Tomo VI, página 774).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En el incidente sobre liquidación de los perjuicios decretados a cargo de la Nación y a favor del doctor José de Jesús Pulecio y de su hija Gloria Pulecio Mahecha, solicita el apoderado de los demandantes, doctor Ernesto Ruiz Manrique, que se reconsidere el auto de esta Sala por el cual se fijó la cuantía o cifra numérica de tales perjuicios, con motivo de la revisión de otra providencia en igual sentido del Tribunal Superior de Bogotá.

De esa solicitud de reposición debe conocer ahora la Corte para decidir lo que corresponda, después de haberle dado oportunidad al representante de la Nación de impugnar las razones del reclamante, en los términos del artículo 488 del Código Judicial.

**Productividad profesional del doctor Pulecio antes del accidente.**

No se conforma el doctor Ruiz Manrique con las razones por las cuales la Corte desestimó el dictamen pericial en relación con las consultas y visitas a domicilio del doctor Pulecio. Antes por el contrario, considera que en el proceso hay pruebas suficientes acerca de que el doctor Pulecio actuaba no sólo como cirujano, operando en la Clínica de Marly, sino también como médico en general, o sea como clínico. Y trae a cuento las declaraciones de

los señores Gonzalo Esguerra, Juan Francisco Martínez, Luis María Ferro, Rafael Manotas y Manuel Navas, declaraciones que en su sentir son bastantes para demostrar que el doctor Pulecio atendía consultas y visitas a domicilio.

Agrega el reclamante, además, que si la Corte ha admitido que en el juicio hay prueba suficiente de la actividad concreta de cirujano del doctor Pulecio antes del accidente, por un valor mensual en promedio de \$ 954.44, de ahí mismo se debe concluir que atendía consultas y visitas a domicilio; y que por eso, los peritos no se apartaron de su misión al darle un valor a esas consultas y visitas, basados en la relación normal que existe entre la actividad de cirujano y la de clínico.

Sobre este punto dice el doctor Ruiz Manrique en su memorial de reposición:

“La Corte encontró plenamente demostrado el record profesional del actor en el ramo de cirugía, hecho que se probó con las relaciones estadísticas de Marly y con la inspección ocular que se practicó sobre los libros de la misma Clínica. El fallo reclamado no admite duda sobre los hechos acreditados en esos documentos, con lo cual acepta el hecho de que el doctor Pulecio ejecutaba mensualmente, en promedio, un número determinado de operaciones quirúrgicas. Este es el hecho demostrado, cierto, evidenciado en los autos.

“Es igualmente cierto, como lo afirman los peritos que valoraron la capacidad productiva del doctor Pulecio, que todo cirujano entre nosotros es a la vez clínico y que sólo un diez por ciento de su clientela se ve sometida a intervención quirúrgica. Este hecho debía demostrarse por un concepto de peritos, pues ellos son los únicos que pueden resolver la cuestión de si el ramo de cirugía está anexo entre nosotros al de la clínica. Este otro hecho constituye un nuevo indicio, también cierto y evidente.

“Se agrega, además, la existencia de las declaraciones de testigos que atrás mencioné, quienes por razón de su profesión los cuatro primeros y el último como empleado de una de las Clínicas más acreditadas de la ciudad, dicen haber visto al doctor Pulecio ejerciendo su profesión no sólo de cirujano sino también de médico y con buen éxito y numerosa clientela. Los testigos no entran a pen-

realizar los distintos ramos de trabajo del actor, como no fijan tampoco la naturaleza de las intervenciones quirúrgicas o de las enfermedades tratadas por él, pues tal vez para esto no sería suficientemente adecuada la prueba testimonial, aunque sí puede servir para acreditar hechos aislados. Esos testimonios constituyen otros tantos indicios para demostrar el hecho de la actividad profesional del doctor Pulecio en el ramo de la clínica.

"Bastaría considerar, como lo dicen los peritos doctores Uribe Cualla y Vergara Rey, la existencia del hecho en virtud del cual se demostró la actividad profesional del actor en el ramo de la cirugía, para deducir de allí, como indicio vehemente necesario, que ese profesional no sólo era cirujano sino que atendía su consulta particular y a domicilio. No se conoce entre nosotros el caso de que un cirujano llegue a efectuar su intervención quirúrgica sin que antes haya precedido el examen del enfermo; y tampoco se conoce entre nosotros al cirujano que sólo haya limitado el ejercicio profesional a la intervención quirúrgica en la propia Clínica. Por eso se considera como indicio necesario la actividad clínica del profesional que trabaja en la cirugía. Bastaría la prueba que he mencionado para demostrar la actividad profesional en el ramo de la clínica, pues existe una presunción que no ha sido contradicha en los autos y que al tenor de la ley tiene efectos de plena prueba.

"Pero si no fuera bastante este indicio necesario, hay otros indicios concatenados entre sí que llevan a la misma convicción. Está el dictamen de los médicos, quienes afirman que el cirujano entre nosotros ejerce también en el ramo de la clínica y que el número de intervenciones quirúrgicas constituye un pequeño porcentaje dentro del ámbito profesional de ese cirujano; y están también las declaraciones de los testigos que presenciaron, por razón de su oficio, la actividad profesional de mi mandante".

La Corte considera:

En el presente asunto no se trata únicamente de saber si el doctor Pulecio, fuera de sus trabajos de cirujano en la Clínica de Marly, atendía consultas y visitas a domicilio antes del accidente de Santa Ana. Otro aspecto más concreto que debe estudiarse es cuál era el volumen o número aproximado de esas consultas y visitas mensualmente, pues de la demostración de estos hechos depende la justeza de la estimación de los peritos, en relación con esta parte de la capacidad profesional del doctor Pulecio.

Ninguna dificultad encuentra la Corte en reconocer que está demostrado que el doctor Pulecio ejercía su profesión en el ramo de la clínica. Algunos testigos declaran que él disfrutaba de buena clientela y ejercía con entusiasmo la actividad de cirujano y de médico. Y especialmente el doctor Juan F. Martínez Angulo asegura que el doctor Pulecio, "aparte de sus actividades profesionales en la Clínica de Marly, contaba con una numerosa clientela particular, que tuvo también que abandonar...". A lo que se agrega que en concepto de los peritos médicos, doctores Uribe Cualla y Vergara Rey, existe una estrecha relación entre los servicios de cirujano y de clínico, pudiéndose por ello concluir que las intervenciones quirúrgicas del doctor Pulecio en la Clínica de Marly, debidamente comprobadas en el juicio, son un indicio de que atendía consultas y visitas a domicilio. Este indicio sirve para corroborar las declaraciones de algunos testigos, que de por sí no son lo suficientemente explícitas.

En cambio, en cuanto al movimiento mensual promedio de esas consultas y visitas, la prueba indiciaria aludida no arroja la misma seguridad o convicción, sin que de autos resulte ninguna otra que sirva para robustecerla. Aceptando que normalmente sólo un diez por ciento (10%) de la clientela de un médico requiera intervenciones quirúrgicas, de conformidad con la apreciación de los peritos doctores Uribe Cualla y Vergara Rey, es el caso que los trabajos quirúrgicos del doctor Pulecio no permiten deducir una conclusión rigurosa con ese porcentaje, por la circunstancia de que no se sabe si todas esas intervenciones provienen de clientes propios. Es más: serias dudas se le presentan a la Corte sobre este punto, derivadas de algunas pruebas del proceso, tales como la declaración del doctor Rafael Manotas, en la que se lee: "En estas condiciones nos fue imposible a los que acudíamos al doctor Pulecio para que operara los casos que no pertenecían a nuestra especialidad o para que colaborara en los restantes, el volver a llamarlo bien fuera como cirujano o bien como asesor quirúrgico" (subraya la Sala). Y además, ¿no tendrían algo que ver con algunas de esas intervenciones quirúrgicas las condiciones de Jefe de Clínica de Marly que desempeñaba el doctor Pulecio, a que se refieren varios testimonios? ¿Se sabe siquiera que el doctor Pulecio tuviera consultorio médico establecido en la ciudad, cosa que hubiera sido muy fácil de acreditar? Todas estas circunstancias de duda contribuyen a debilitar, en el caso de autos, la conclusión que pudiera dedu-

cirse de la relación normal entre los servicios de cirugía y de clínica, o sea de la relación que consiste en que sólo un diez por ciento (10%) de la clientela de un médico cirujano necesita de intervenciones quirúrgicas, como lo afirman los peritos.

De otro lado, juzga la Corte que el dictamen pericial de los doctores Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey, en cuanto se relaciona con las consultas y visitas a domicilio del doctor Pulecio, presenta algunos vacíos y contradicciones que le restan mérito o fundamentación. No dicen los peritos si las intervenciones quirúrgicas que deben tomarse en cuenta para deducir el número aproximado de consultas de un médico cirujano, son aquellas en que el profesional actúa como cirujano principal, o si también deben incluirse aquellas en que interviene como ayudante. Y aunque lo primero parece ser lo más razonable, los expertos no proceden siempre en su dictamen con ese criterio, como se desprende del siguiente aparte:

“Para poder calcular las entradas profesionales del doctor Pulecio por concepto de consultas y enfermos a domicilio, hay que tener en cuenta el record de sus operaciones quirúrgicas. La relación estadística de la Clínica de Marly, de que ya hemos hablado, indica que la clientela del doctor Pulecio antes del accidente de Santa Ana era muy numerosa, porque ordinariamente de la clientela de un médico cirujano el diez por ciento (10%) de ella es la que necesita de intervención quirúrgica, muchas veces este porcentaje es inferior. Si hacemos un cálculo con este porcentaje, sobre las operaciones practicadas por el doctor Pulecio en el año de 1937 y en el primer semestre de 1938, tendríamos que en ese año y medio debió atender mucho más de quinientos pacientes. Pero colocándonos en un minimum, estimamos que sólo seis clientes atendiera a domicilio y en su consulta diariamente. Teniendo en cuenta el valor de las consultas y de las visitas médicas en esa época, no es exagerado, y por el contrario es bajo, calcularle un promedio de seiscientos pesos (\$ 600.00) mensuales” (fol. 16 v. del cuad. No. 7).

Según se ve, los peritos médicos empezaron por considerar que el doctor Pulecio debió realizar más de quinientas consultas y visitas a domicilio en el año y medio comprendido entre enero de 1937 y julio de 1938, para lo cual debieron tomar en cuenta que en ese lapso actuó como cirujano principal en cincuenta y cinco (55) operaciones, de acuerdo con los datos de la Clínica de Marly. Ese cálculo de 500 pacientes parece que resulta de tomar las 55 operaciones quirúrgicas, más o me-

nos, como el 10% de las consultas y visitas a domicilio que debió atender el doctor Pulecio. Si embargo, seguidamente los mismos facultativos estiman en seis (6) clientes diarios los que debió atender el doctor Pulecio en el mismo año y medio mencionado, lo que arrojaría unas dos mil setecientas (2.700) consultas y visitas a domicilio, partiendo de unos trescientos (300) días de trabajo en el año. Con esta última base, que fue la que sirvió a los peritos para la estimación de los ingresos mensuales en promedio del doctor Pulecio, todo indica que ya no se tomaron solamente sus operaciones como cirujano principal, sino también aquellas en que intervino como ayudante pues unas y otras ascendieron a unas doscientas sesenta y tres (263) de enero de 1937 a julio de 1938.

Es así como la Corte considera que no hay razón para modificar su criterio sobre los ingresos del doctor Pulecio antes del accidente.

#### Disminución de la capacidad profesional del doctor Pulecio después del accidente de Santa Ana

En el fallo recurrido sólo se consideró probada la disminución de la capacidad profesional del doctor José de Jesús Pulecio hasta el mes de marzo de 1945. Para ello se tuvieron en cuenta los datos de la Clínica de Marly allegados al proceso, según los cuales la actividad quirúrgica del doctor Pulecio, en el período comprendido entre julio de 1940 y diciembre de 1944, se vio disminuida en algo más de un cincuenta por ciento (50%), en relación con la actividad desplegada antes del accidente. Los dos primeros años que siguieron a la tragedia de Santa Ana habían sido de una completa paralización de su actividad profesional.

No halló la mayoría de la Corte que de marzo de 1945 en adelante, hasta el término de la vida profesional del doctor Pulecio en 1954, pudiera admitirse la disminución de su capacidad de trabajo. No se encontraba suficiente la prueba pericial de que se disponía. Los peritos médicos, doctores Guillermo Uribe Cualla y Gabriel Vergara Rey, no habían hecho un estudio concreto y amplio del estado psíquico del doctor Pulecio. Se habían limitado a razonamientos generales sobre la depresión permanente que causa una tragedia como la que afectó a tan distinguido profesional. El dictamen de los expertos no estaba pues, debidamente fundamentado.

Dijo entonces la Sala:

“En el caso en litigio las observaciones perso-

ales de los facultativos no se refieren al examen del damnificado, pues lo que afirman como resultado del estudio clínico del doctor Pulecio se limita a conclusiones sobre su estado orgánico y funcional, que encontraron en perfecta normalidad, según se ve de los apartes correspondientes a la diligencia. Y por lo que hace a las conclusiones de orden científico, la motivación del peritazgo no está basada en los principios de la ciencia médica y especialmente de la psicología experimental sino en hipótesis generales, lo que por tal aspecto elimina la posibilidad de considerar el dictamen como enmarcado dentro de la regla del artículo 22 del C. citado, y desplaza su ubicación al siguiente de la misma obra.

“.....  
 ‘Consta de autos (f. 17 del c. 7) que el 20 de noviembre de 1944 los peritos Uribe Cualla y Vergara ley examinaron clínicamente al doctor Pulecio y encontraron ‘que es persona que revela 50 años de edad por su aspecto y estado de sus distintos sistemas; con tensión arterial de 15 como máxima y como mínima (...); y cuyos aparatos digestivo, respiratorio, circulatorio, etc., son perfectamente normales’. Agrega que como resultado de este examen y previas consultas de las tablas usadas por las Compañías de Seguro, su edad biológica puede determinarse en 69 años y su edad profesional en 60, o sea hasta 1954. Y en el documento de fecha 30 de marzo de 1946 contenido en la diligencia de ampliación de peritazgo, se dice por los mismos facultativos que su afirmación respecto de la pérdida de la capacidad del doctor Pulecio y al índice de su recuperación por el resto de su vida, lo hicieron ‘previo el estudio de sus condiciones psicofísicas y comparando la actividad que pueda desarrollar actualmente con la que tenía antes de la fecha del siniestro, según pruebas del expediente’. En cuanto al estudio de las condiciones psicofísicas del damnificado que afirman haber hecho los peritos, sólo existe en el proceso lo que atrás se dejó copiado, o sea que el damnificado sufrió una alteración profunda de su sistema nervioso y estado psíquico, produciéndose un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva. De esa afirmación deduce que de acuerdo con lo que al respecto expresan los autores de psiquiatría y por lo que se trata de un profesional médico hay lugar a prever la pérdida de la serenidad, la alteración del pulso y la falta de las condiciones necesarias para hacer los diagnósticos y ejecutar intervenciones quirúrgicas de carácter delicado. Pero no afirman los expertos en manera alguna que tales fe-

nómenos se hubieran presentado en el doctor Pulecio y, por consiguiente, sus expresiones al respecto sólo tienen el valor de simples hipótesis e inferencias y por este motivo la conclusión en cuanto a la pérdida de la capacidad productiva no presenta la requerida firmeza para tenerla por evidente y señalar con base en ella el quantum del perjuicio reclamado....”

A los anteriores conceptos de la Corte se refiere ampliamente en su memorial de reposición el doctor Ruiz Manrique, alegando que el dictamen pericial de autos no puede versar sino sobre el propio damnificado doctor Pulecio, tanto por ser éste el sujeto sometido al examen de los expertos, cuanto porque así aparece del mismo experticio. Y agregó el reclamante sobre el valor de la prueba:

“De manera que se equivoca la Sala al afirmar que no está probada la disminución de capacidad, pues según la propia interpretación que ella da al fallo, sólo faltaba por acreditar en el incidente hasta qué punto iba esa disminución de capacidad.

‘Resulta de aquí que la discusión no puede versar sobre si existe o no incapacidad futura, pues ésta es cuestión que ya pertenece al campo de la cosa juzgada. Sólo se trata de averiguar hasta qué porcentaje monta esa incapacidad.

“En la averiguación de este hecho se pueden estudiar separadamente dos épocas: la anterior al momento de la fijación y la incapacidad futura.

“Respecto de la primera pueden aducirse pruebas documentales o declaraciones, o acudir a la prueba pericial que con base en los antecedentes permita determinar la extensión y valor de la incapacidad anterior. El dictamen versa, así, sobre hechos reales y evidentes. Pero con relación a la incapacidad futura, la prueba tiene que ser inductiva, es decir, debe partir de ciertas premisas de las cuales se deducen las consecuencias. En este campo, la prueba pericial está siempre sujeta a conjeturas que parten de la base de la existencia real de la persona en los años anteriores al pago de la indemnización. Por esta razón, la jurisprudencia acude siempre a las tablas de vida probable y funda el cómputo de la indemnización futura en los promedios de rendimiento anterior. Puede afirmarse que esos promedios no se mantengan en el futuro, que aumenten o disminuyan; y puede afirmarse también que el damnificado no sobreviva los años que fijan las tablas de mortalidad. Sin embargo, como es necesario indemnizar, la justicia tiene que apelar a los únicos medios que le ofrecen el derecho probatorio y la naturaleza de las cosas.

"De ahí que se considere erróneo el concepto de la Sala cuando afirma que el concepto de los peritos tiene todo su valor en la parte anterior a la fecha del dictamen, porque las opiniones de los mismos están respaldadas en las estadísticas de la Clínica de Marly y las declaraciones de los testigos. Si tal opinión de la Sala fuera aceptable, había que reconocer la imposibilidad de fijar una indemnización futura, porque mientras el perjuicio no se hubiera ocasionado era imposible el cálculo y valoración".

En vista de las alegaciones precedentes, debe ahora la Corte revisar de nuevo el contenido y mérito del dictamen de los peritos doctores Uribe Cualla y Vergara Rey, incluyendo las ampliaciones rendidas en la primera y en la segunda instancia.

Las partes sustanciales del experticio pueden concretarse así:

1º—Los peritos dictaminan que el doctor José de Jesús Pulecio, a causa de los efectos que le produjo la desgracia de Santa Ana, no podrá recuperar su anterior capacidad profesional en más de un cincuenta por ciento (50%). Las propias expresiones de los facultativos son: "Es claro que el doctor Pulecio, después de los dos años de la tragedia, durante los cuales abandonó su profesión, no volvió a ejercerla de un golpe con una actividad del 50% de la que tenía antes del siniestro. El dio principio a una nueva curva de actividad profesional, cuyo vértice conceptuamos que estaría, si mucho, en un cincuenta por ciento de la actividad anterior; y comprobados los promedios de la actividad actual con los de la anterior, aquél no podrá pasar de un cincuenta por ciento de éste (fls. 36 v. y 37 del cuad. No. 8)".

2º—Aseguran los expertos que a esa conclusión llegaron después de haber sometido a un examen psicofísico al doctor Pulecio, pero no indican los hechos o manifestaciones de ese examen. Se limitan a decir: "Al conceptuar nosotros que a la fecha del examen del doctor Pulecio había disminuído su capacidad 'por lo menos en cincuenta por ciento', lo hicimos previo el estudio de sus condiciones psicofísicas y comparando la actividad 'que pueda desarrollar actualmente' con la que tenía a la fecha del siniestro, según pruebas del expediente" (f. 36 v. del cuad. No. 8). Y ya antes habían conceptuado los mismos expertos, al rendir la primera ampliación de su dictamen: "La causa de esa disminución de su capacidad productiva se debe al gran choque moral que experimentó al perder a su esposa e hijos y otros familiares, en las cir-

cunstancias de una catástrofe excepcional, que alteró profundamente su sistema nervioso y su estado psíquico, produciendo un estado apreciable de depresión psíquica y afectiva, que ha reducido notablemente su capacidad profesional" (folio 36 v. del cuaderno No. 6)

3º—A lo anterior agregan los facultativos, como explicación o fundamentación de su dictamen, algunas consideraciones o principios sobre las distintas causas que alteran el psiquismo de una persona y su actividad profesional, según los autores de psiquiatría. Y en seguida dicen: "El aparte anterior explica, sin duda, lo que la Corte desea saber: las perturbaciones psíquicas son de ordinario más graves que las afecciones de carácter material, y dejan en la persona que las sufre huellas imborrables. Así, por ejemplo, la emoción violenta y la pena moral que por sus caracteres e intensidad llegan a producir un trastorno psíquico, son hechos que en todos los tiempos y en todas las épocas se hacen sentir por una lucha interna entre el recuerdo del pasado y los acontecimientos presentes, que se traduce en pérdida de la serenidad, alteración del funcionamiento de los distintos órganos y transformación del carácter, todo lo cual constituye un desgaste de las fuerzas psicofísicas. De ahí que una afección psíquica como la del doctor Pulecio, constituya una disminución permanente de la capacidad productiva...." (folio 36 v. del cuaderno No. 8).

Según lo relacionado, se advierte en el dictamen de los médicos una total ausencia de las manifestaciones a que diera lugar el examen psicofísico a que fue sometido el doctor Pulecio, circunstancia ésta que tuvo en mira la Sala para considerar el caso enmarcado dentro del precepto del artículo 723 del C. J.

Pero aún así debe ahora aceptarse, con mejor acuerdo, que esa falla del peritazgo, con ser de importancia, no es suficiente para restarle valor y fuerza de convicción, si se tiene en cuenta que la capacidad profesional del doctor Pulecio, según los datos de la Clínica de Marly traídos a los autos, se ha visto efectivamente disminuída en más de un cincuenta por ciento (50%) en el período comprendido entre julio de 1940 y diciembre de 1944, o sea con posterioridad al accidente de Santa Ana. Esa prueba concreta sobre la disminución de la capacidad productiva del doctor Pulecio, en un largo período de más de cuatro años, es ya bastante a juicio de la Corte para estimar idónea la conclusión de los peritos respecto al futuro.

En este sentido, y por ser pertinentes, acoge la Sala los siguientes conceptos de Planiol y Ripert en su Tratado de Derecho Civil:

"Si el perjuicio futuro ha de ser por la repetición o la continuación de un perjuicio actual, esa circunstancia, que hace posible su avaluación, permite el pronunciamiento inmediato de una sentencia condenatoria, evitando al interesado el tener que volver periódicamente ante los Tribunales a reclamar daños y perjuicios en razón de los perjuicios sufridos nuevamente (Tomo VI, pág. 774).

Así pues, los perjuicios ocasionados al doctor Pulecio se habrán de computar hasta el 24 de julio de 1954, pues para esa época se ha fijado el término de su vida profesional. Y para ello se partirá de la disminución de su capacidad productiva en un cincuenta por ciento (50%), en todo el lapso posterior a los dos años de abandono total de su profesión.

**Perjuicio material**

Fuera del daño moral objetivado, a que hasta el momento se ha referido la Corte, también se condenó a la Nación a pagar el perjuicio material proveniente de la necesidad de reemplazar a la señora Ana Julia Mahecha de Pulecio, muerta en el accidente de Santa Ana, "en la dirección de su hogar y en el cuidado de su hija" (Gloria). Para la liquidación de este perjuicio se tomó como base, en el auto recurrido, el sueldo de cuarenta pesos (\$ 40.00) mensuales fijado por los peritos Posse y Rojas como retribución de aquel servicio en el hogar del doctor Pulecio, pero se prescindió de los gastos de alimentación y habitación de la persona encargada de la dirección del hogar por la muerte de la señora Mahecha de Pulecio.

Sobre este último punto eleva también sus reclamos el doctor Ruiz Manrique, los cuales no halla procedentes la Corte por las siguientes razones:

En la sentencia sobre condenación en abstracto se partió de la consideración de que la persona que habría de reemplazar a la señora Mahecha de Pulecio viviría en el hogar que había quedado privado de la dirección y cuidados de la esposa y de la madre. Y si allí mismo se habló del **estipendio** de esa persona, es porque se estimó que lo que debía tomarse en cuenta para la liquidación era el valor del servicio, independientemente de la alimentación y la vivienda.

No hay lugar, por lo tanto, a modificar la base adoptada para la liquidación de los perjuicios ma-

teriales; pero se deberá ajustar esa liquidación nuevamente, para los solos efectos de no aplicar la tabla de Garuffa sino para el tiempo efectivamente futuro.

**Cuantía de los perjuicios**

De acuerdo con todo lo expuesto, la liquidación de los perjuicios debe quedar así:

**Daño moral objetivado.** Estos perjuicios, que se extienden desde el 24 de julio de 1938 hasta el 24 de julio de 1954, término de la vida profesional probable del doctor Pulecio, se divide en dos períodos: el primero se computa hasta el 24 de julio de 1949, con una aproximación de meses para completar una anualidad, y está destinado al pasado; y el segundo se computa desde la última fecha dicha hasta el 24 de julio de 1954, y está destinado al futuro.

El primer período se divide a su turno en dos subperíodos: uno que corresponde a la incapacidad profesional absoluta del doctor Pulecio en los dos primeros años que siguieron al accidente de Santa Ana, y otro que corresponde a la incapacidad relativa del tiempo pasado, a partir del 24 de julio de 1940.

**Primer período**

**Incapacidad absoluta:** 24 meses de esta incapacidad —del 24 de julio de 1938 al 24 de julio de 1940—, a razón de \$ 954.44 por mes .....\$ **22.906.56**

**Primer período**

**Incapacidad relativa:** 108 meses de esta incapacidad —del 24 de julio de 1940 al 24 de julio de 1949—, equivalente al 50% de la capacidad productiva del doctor Pulecio antes del accidente, a razón de 477.22 por mes .....\$ **51.539.76**

**Segundo período**

**Incapacidad relativa:** Esta incapacidad en el tiempo futuro es de 5 años —del 24 de julio de 1949 al 24 de julio de 1954— y corresponde al 50% de la que tenía el doctor Pulecio antes del accidente. La suma anual que debería pagarse es de \$ 5.726.64 (\$ 477.22 x 12); pero como la suma de los 5 años

se deberá pagar anticipadamente, debe aplicarse la tabla o sistema de Garuffa, así: si para recibir \$ 1.00 anual durante 5 años se necesita imponer en un Banco al 6% anual la suma de \$ 4.212, para recibir \$ 5.726.64 anuales se necesitará imponer  $5.726.64 \times 4.212$ , o sea la suma de .....\$ 24.120.60

Total del daño moral objetivado .....\$ 98.566.92

**Perjuicio material.** Este perjuicio se extiende desde el 24 de julio de 1938 hasta el 27 de enero de 1951, en que llega a mayor edad la menor Gloria Pulecio Mahecha, y se divide en dos períodos: el primero de 126 meses —del 24 de julio de 1938 al 24 de enero de 1949, que corresponde al tiempo pasado, con aproximación de un mes y días; y el segundo, de 2 años, comprendidos de esta última fecha hasta la mayor edad de Gloria, el cual se extiende al tiempo futuro.

#### Primer período

**Tiempo pasado:** 126 meses a razón de \$ 40.00 mensuales, valor del estipendio de la persona encargada de la dirección del hogar del doctor Pulecio y del cuidado de su hija Gloria Pulecio Mahecha .....\$ 5.040.00

#### Segundo período

**Tiempo futuro:** En los 2 años de este período —del 24 de enero de 1949 al 24 de enero de 1951— la suma que debería pagarse anualmente es de \$ 480.00 ( $\$ 40.00 \times 12$ ); pero como el monto de los 2 años se deberá entregar anticipadamente, con la tabla de Garuffa, se tiene: si para recibir un peso (\$ 1.00) anual durante dos (2) años se necesita imponer en un Banco al 6% anual la suma de \$ 1,533, para recibir \$ 480.00 anuales, se necesitará imponer la suma de .....\$ 735.84

Total del perjuicio material .....\$ 5.775.84

El monto de estos perjuicios materiales aunque causados al doctor Pulecio y a su hija Gloria, deberá pagarse al primero de los nombrados, de conformidad con lo establecido en la sentencia sobre condenación en abstracto.

#### Resumen de la liquidación

Cuantía de los perjuicios morales objetivados .....\$ 98.566.92

Cuantía de los perjuicios materiales en sí .....\$ 5.775.84

Suma total .....\$ 104.342.76

Los Magistrados Serna y Alvarado intervinieron en la discusión de esta providencia resolutive del recurso de reposición. No han hallado razones suficientes que los convenzan de que deben recoger o apartarse de las que tuvieron para adoptar y firmar el fallo recurrido. Pero no creen que haya necesidad de extender aquí salvamento especial de voto.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— reforma su propia providencia de fecha diez y siete (17) de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en el sentido de fijar en la suma de ciento cuatro mil trescientos cuarenta y dos pesos con setenta y seis centavos (\$ 104.342.76), el monto de la indemnización que debe pagar la Nación al doctor José de Jesús Pulecio, por concepto de los perjuicios morales objetivados y de los perjuicios materiales reconocidos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de trece (13) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Amíbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



**ACLARACION DE SENTENCIAS. — IMPROCEDENCIA DE LA ACLARACION EN TRATANDOSE DE AUTOS INTERLOCUTORIOS. — DIFERENCIA ENTRE ESTOS Y AQUELLAS. — TERMINO PARA PEDIR LA ACLARACION. — REQUISITOS PARA QUE LA SOLICITUD DE ACLARACION SEA PROCEDENTE. — PRESUPUESTOS PARA LA APLICACION DE LA FACULTAD CONTENIDA EN EL ARTICULO 721 DEL CODIGO JUDICIAL**

1.—En ninguna parte autoriza la ley el que se solicite aclaración de autos interlocutorios, pues el artículo 482 del C. J. habla de aclaración de “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda” contenidos en la sentencia, pero nada dice respecto de cuando tal cosa ocurra en un auto interlocutorio, y es preciso, pues, concluir que no es posible hacer aclaraciones de estos autos.

Esta distinción encuentra además un sólido respaldo en la lógica, atendida para ello la diferencia existente entre la naturaleza de la sentencia, que pone término en ocasiones a todo un proceso, o cuando menos, a una instancia, y decide, además, sobre la cuestión que constituye el objeto principal y, por decir así, central del debate o del recurso extraordinario, y la naturaleza, también, de los autos interlocutorios, y, más especialmente aún, de las cuestiones que con esta clase de providencias se deciden, las que son siempre cuestiones incidentales, es decir, en cierto modo secundarias y adjetivas dentro del proceso, y con las cuales providencias, por último, nunca precluye un juicio, una instancia, ni se decide un recurso extraordinario.

2.—La aclaración, conforme al mismo precepto citado, podrá “hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación”. Si, pues, una vez notificada una sentencia, las partes no reclaman contra ella, interponiendo al efecto los recursos que sean procedentes, y no piden aclaración de lo expresado en la misma, todo dentro de los términos que para tales fines concede la ley, debe entenderse que es porque están conformes con lo que en dicha pro-

videncia se decidió y no encuentran, además, en su texto conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. De no ser así, quedaría demasiado reducido el objetivo de la notificación, que, como es bien sabido, no es otro que el de poner en conocimiento de los interesados el auto o la sentencia.

3.—Para que sea procedente la aclaración se requiere, conforme a explícita disposición del ya mencionado artículo 482 del C. J., que se trate de “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda”. No puede, pues, pedirse aclaración, ni menos hacerse ésta, cuando la oscuridad o la ambigüedad del concepto o de la frase sean más aparentes que reales, o, en todo caso, la duda que surja respecto de su interpretación no sea verdadera; no haya “verdadero motivo de duda”. Y para ello, también, es preciso que quien solicita aclaración demuestre cuáles son en su concepto las frases o los conceptos contenidos en la sentencia respecto de los cuales ocurre tal cosa.

Por último, es igualmente preciso que se demuestre también que la aclaración solicitada o a hacer incidiría sobre las resultas del debate, esto es, que de interpretarse de uno u otro modo el concepto o la frase contenidos en la sentencia, se seguirían también diferentes resultados en el proceso, porque, como lo ha dicho la Corte, y es de lógica jurídica elemental, las providencias judiciales no son discusiones de carácter meramente académico o teórico, y los conceptos que en ellas se expongan, al igual que las decisiones que en las mismas se tomen, deben tener por objetivo algún resultado práctico dentro del proceso y para fines del mismo.

4.—El poder de aclaración que tiene el juzgador respecto de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de dudas, conte-

midos en una sentencia por él proferida, no se extiende o llega hasta poder modificar, so pretexto de aclaración, la parte resolutive de una providencia ejecutoriada.

5.—El simple hecho de considerar carente del debido fundamento un dictámen pericial no es motivo suficiente para que éste sea declarado nulo, pues tal cosa sólo puede hacerse por considerar comprobada alguna de las siguientes tachas, propuestas en oportunidad por las partes: la de error grave, la de fuerza y la de dolo, cohecho o seducción.

6.—Lejos de envolver contradicción el hecho de declarar primero infundadas las objeciones propuestas a los dictámenes periciales, o, lo que es igual, declarar la validez y legalidad de los mismos, y ordenar luégo la práctica de nuevo peritazgo en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 721 del C. J., aquello, es decir, la validez de los tres dictámenes, es precisamente el presupuesto necesario para que se ejercite dicha facultad.

Así se desprende sin dificultad del mencionado texto legal, que, en todas sus partes, se está refiriendo a dictámenes válidos, o dictámenes contra los cuales no ha sido propuesta objeción alguna, o que, propuesta ésta, no ha prosperado.

Si así no fuese, cómo explicar entonces el otro extremo de la facultad conferida al juzgador, consistente en poder por sí mismo hacer "la regulación que estime equitativa CONFORME A LOS MISMOS DICTÁMENES y demás elementos del proceso?".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Tobías Monroy, apoderado de Gregorio Jaramillo en el incidente de cumplimiento de sentencia que éste adelanta dentro del juicio ordinario por él mismo seguido contra el Departamento de Boyacá, solicita de esta Sala, en escrito recibido en la Corte el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, se reponga el auto de diez y ocho de los mismos mes y año, por medio del cual la Sala confirmó el proferido por el Tribunal Superior de Tunja con fecha veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, auto éste último que dispuso la práctica de un nuevo peritazgo

por peritos designados por el juzgador, toda vez que el rendido por los expertos que ya actuaron dentro del proceso, excede en sus extremos en más de un cincuenta por ciento, en lo que toca con el monto de la indemnización debida.

Dice textualmente el doctor Monroy: "Respetuosamente solicito reponga la providencia del 18 del mes en curso en el sentido de declarar si de acuerdo con lo resuelto por esa Corporación en el fallo sobre objeciones a los dictámenes de los tres peritos el dictámen del perito tercero Manuel Antonio Torres tiene valor legal contra los dictámenes de los peritos principales doctores Manuel Antonio Castellanos Perea e Ignacio Gómez Posse o si al contrario los dictámenes de los peritos principales prevalecen sobre el dictámen del perito tercero, y de establecer si es suficiente el remplazo del perito tercero o al contrario es necesario reemplazar los tres peritos.

"Como lo manifesté, al interponer apelación contra el auto del Tribunal me propuse que la Corte interprete su propio fallo, esto es, que declare lo que ahora pido".

Se esfuerza luego por demostrar una vez más que en el proveído de la Sala que decidió las objeciones a los dictámenes periciales hubo una contradicción, cuando menos aparente, porque la Corte declaró infundadas las objeciones propuestas contra los dictámenes de los dos expertos principales, es decir, aceptó como legales dichos experticios y luégo declaró también infundadas las objeciones contra el dictámen del perito tercero, aceptando, pues, también como legal este experticio, siendo, como es, que entre los mencionados dictámenes o experticios existen puntos de grave contradicción, y después agrega:

"La Corte no podía dictar un fallo contradictorio y está en la obligación legal y moral de aclararlo, ya que se le presenta ocasión al revisar el auto del Tribunal que también es contradictorio.

"Aquí no se trata de averiguar si el Tribunal puede o no ejercitar la facultad conferida por el artículo 721 del Código Judicial; se trata sí de establecer si el Tribunal por reconocer al dictámen del perito tercero un valor legal que no tiene, puede invalidar como lo hace, los dictámenes de los peritos principales, reconocidos como válidos por la Corte.

"Tampoco se trata de que la Corte fije normas al Tribunal; se trata sí de que la Corte, al revisar el auto del Tribunal, aclare como está solicitado, su propio fallo, a fin de que el Tribunal no tome

como fundamento de su decisión la ambigüedad del fallo de la Corte".

Cita, por último, un poco más adelante, el texto del artículo 472 del Código Judicial, y luego agrega: "El hecho de que en el fallo sobre objeciones a los dictámenes periciales no haya sido anulado expresamente el dictamen del perito tercero, no exime a la Corte de la obligación de interpretar su propio fallo para cumplir así el precepto del artículo 472 del Código Judicial y realizar en esa forma los fines que el legislador se propuso al dictar ese artículo.

"La ambigüedad no impide sino al contrario impone la aclaración".

La anterior solicitud fue ratificada en todas sus partes por el doctor Enrique A. Becerra, apoderado principal del demandante, y a ella se dio la tramitación legal previa dispuesta por el artículo 488 del C. J.

Se considera:

Varias razones militan, en sentir de la Sala, para decidir de manera negativa la anterior solicitud de reposición.

Ante todo se tiene que, pese a que se interpuso reposición del auto de esta Sala de diez y ocho de agosto del año próximo pasado, no se trata de una verdadera reposición en el sentido propio y estricto de la palabra, sino que lo que se pretende es, como claramente se expresa, que la Corte aclare su proveído por medio del cual decidió la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal de Tunja que resolvió las objeciones propuestas por las partes contra los dictámenes de los tres peritos, haciendo para ello algunas modificaciones, quizás tan sólo en lo que toca con la parte motiva, al auto de diez y ocho de agosto dicho.

Pues bien: se tiene entonces que se hace una solicitud que en ninguna parte autoriza la ley, pues el C. J. en su artículo 482 habla de aclaración de "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" contenidos en la sentencia, pero nada dice respecto de cuando tal cosa ocurra en un auto interlocutorio, y es preciso, pues, concluir que no es posible hacer aclaraciones de autos.

Esta distinción encuentra además un sólido respaldo en la lógica, atendida para ello la diferencia existente entre la naturaleza de la sentencia, que pone término en ocasiones a todo un proceso, o, cuando menos, a una instancia, y decide, además, sobre la cuestión que constituye el objeto principal y, por decirlo así, central del debate o del recurso extraordinario, y la naturaleza, también, de los autos interlocutorios, y, más especialmente aún,

de las cuestiones que con esta clase de providencias se deciden, las que son siempre cuestiones incidentales, es decir, en cierto modo secundarias y adjetivas dentro del proceso, y con las cuales providencias, por último, nunca precluye un juicio, una instancia, ni se decide un recurso extraordinario.

Pero, aunque se rechazase esta interpretación, y se quisiese sostener que por analogía sí es aplicable el precepto del artículo 482 sobre aclaración de "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" cuando esos conceptos o frases se contengan en un auto interlocutorio, siempre debería denegarse la aclaración pedida en el caso de autos, porque el mismo precepto legal ordena que ella (la aclaración) podrá "hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación", de todo lo cual se sigue que la solicitud fue hecha extemporáneamente.

Esto sí es incuestionable, pues no existiría por una parte razón valedera alguna para sostener que la disposición del artículo 482 del C. J. es aplicable al caso de autos interlocutorios en cuanto permite la aclaración de frases o conceptos contenidos en la providencia y que ofrezcan verdadero motivo de duda, y no lo es en aquella parte que señala un término para pedir y hacer dicha aclaración, y, por otra parte, si notificada la providencia, las partes no reclaman contra ella interponiendo al efecto los recursos que sean procedentes, y no piden aclaración de lo expresado en la misma, debe entenderse que es porque están conformes con lo que en dicha providencia se decidió y no encuentran en su texto conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. De no ser así, quedaría demasiado reducido el objetivo de la notificación, que, como es bien sabido, no es otro que el de poner en conocimiento de los interesados el auto o la sentencia. Ni se ve, por lo demás, por qué entonces sí habría de quedar limitado el tiempo para interponer los recursos, siendo, como es, que tiene sin duda más importancia pedir y obtener la modificación de lo decidido, que no la simple aclaración de frases o conceptos oscuros o ambiguos.

Pero hay más: por una parte, no demuestra el peticionario cuáles son los conceptos o frases que en su sentir ofrecen verdadero motivo de duda, y el artículo 482 citado es explícito respecto de que la aclaración sólo procede en relación con "conceptos o frases que ofrezcan verdadero moti-

vo de dudas". No puede, pues, pedirse aclaración, ni menos hacerse ésta, cuando la oscuridad o la ambigüedad del concepto o de la frase sean más aparentes que reales, o, en todo caso, la duda que surja respecto de su interpretación no sea verdadera; no haya "verdadero motivo de dudas".

Por otra parte, además, como lo ha dicho la Sala, y es de lógica jurídica elemental, las providencias judiciales no son discusiones de carácter meramente académico o teórico, y los conceptos que en ellas se expongan, al igual que las decisiones que en las mismas se tomen, deben tener por objetivo algún resultado práctico dentro del proceso y para los fines del mismo. Y aplicando lo anterior al caso de autos, se tiene que para que la aclaración solicitada fuese procedente por este motivo, sería preciso comprobar que ella incidiría sobre las resultas del debate, esto es, que de interpretarse de uno u otro modo lo dicho por la Corte en la providencia cuya aclaración se solicita, se seguirían diferentes resultados en el proceso.

Pero, es el caso que, aunque quedara claro que la Corte desechó por infundado el dictamen del perito tercero, esto en nada influiría para modificar la decisión del Tribunal de que se proceda a la práctica de un nuevo peritazgo con expertos designados por él, decisión que confirmó la Sala en la providencia cuya reposición se pide, y, consecuentemente, para reponer dicha providencia.

En efecto, bien pudo suceder que la Corte considerara infundado, es decir, carente de fundamento el dictamen del perito tercero, y sin embargo este dictamen siempre debería quedar en firme: primero porque no fue anulado en la debida oportunidad, es decir, en la providencia con la cual la Sala decidió las objeciones propuestas por las partes a los dictámenes periciales, providencia que por estar ejecutoriada es ley del proceso, sin que el poder de aclaración del que eventualmente gozara todavía la Corte llegue hasta modificar la parte resolutive de la providencia aclarada, declarando nulo un dictamen que en ella no lo fue; y segundo, porque el simple hecho de considerarse carente del debido fundamento un dictamen pericial no es motivo suficiente para que éste sea de-

clarado nulo, pues tal cosa sólo puede hacerse por resultar comprobada alguna de las siguientes tachas, propuestas en oportunidad por las partes: la de error grave; la de fuerza y la de dolo, cohecho o seducción.

No sobra advertir, por último, que, lejos de envolver contradicción el hecho de declarar primero infundadas las objeciones propuestas a los dictámenes periciales, o, lo que es igual, declarar la validez y legalidad de los mismos, y ordenar luego la práctica de nuevo peritazgo en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 721 del C. J., aquello, es decir, la validez de los tres dictámenes, es precisamente el presupuesto necesario para que se ejercite dicha facultad.

Así se desprende sin dificultad del mencionado texto legal, que, en todas sus partes, se está refiriendo a dictámenes válidos, o dictámenes contra los cuales no ha sido propuesta objeción alguna, o que, propuesta ésta, no ha prosperado.

Si así no fuese, ¿cómo explicar entonces el otro extremo de la facultad conferida al juzgador, consistente en poder por sí mismo hacer "la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso"? (subraya la Corte).

Si el dictamen es anulado o declarado ilegal por prosperar contra él tacha alguna de las que permite proponer la ley, entonces no es posible otra cosa sino la práctica de un nuevo peritazgo, conforme lo previene el artículo 720 *ibidem*, hipótesis ésta que, como lo anotó la Sala en la providencia cuya reposición se solicita, es bien distinta de la regulada por el artículo 721.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, NO REPONE su propia providencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, de la que se ha hablado en la parte motiva de este auto, siendo improcedentes los motivos que se alegan.

Notifíquese y cópiese.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Be-  
lisario Agudelo. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael  
Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. — PERSONAS CONTRA LAS CUALES PUEDE EJERCERSE. — PRESUNCION DE CULPABILIDAD. — CASOS EN QUE NO ES APLICABLE ESTA PRESUNCION

1.—Conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la acción de responsabilidad civil extracontractual, definida por los artículos 2341 y 2356 del mismo Código, puede ejercerse no sólo contra el propio autor del acto culposo o de la negligencia sino también contra las personas a cuyo cuidado y bajo cuya dependencia se encuentra aquél, personas entre las cuales se cuentan también las entidades de derecho público, conforme lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales del país.

2.—La jurisprudencia, especialmente la de la Corte, ha encontrado ya, en varias ocasiones, en la norma del artículo 2356 del C. C., base suficiente para establecer una presunción de culpabilidad en contra del que realiza cierta clase de actividades, especialmente las relacionadas con el tráfico, el transporte, la aviación, la navegación, etc., de manera que en estos eventos el actor queda relevado de la carga de probar la culpa en que hubiere incurrido aquél que realizó el acto peligroso, y del cual se demanda indemnización por los daños ocasionados con el mismo.

3.—La Sala de Negocios Generales, en sentencia de 8 de noviembre de 1944, dijo textualmente que: “la presunción de culpabilidad es inadmisibles en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de prevenirlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho”.

4.—En la misma oportunidad dijo, además, la Corte: “No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del emplador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir, que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de ACTORI INCUMBIT PROBATIO”.

5.—Ciertamente no existe identidad absoluta entre el caso a que se refiere la jurisprudencia citada, es decir, del chofer, maquinista, etc., que sufre un daño al conducir la máquina o vehículo, y el de autos, pues que el doctor Flórez no iba conduciendo la lancha tantas veces mencionada. Pero, como, según se deja dicho, está demostrado en el proceso que la embarcación en referencia estaba adscrita al servicio de la oficina o dependencia nacional de la cual era jefe el mencionado ingeniero, si puede haber semejanza, toda vez que, como responsable que era de los objetos adscritos a dicha dependencia, entre los cuales se encontraba la lancha, el doctor Flórez debía cuidar de los mismos, y conocer, por lo tanto, los daños que tenía la embarcación. Si en realidad no tenía ese conocimiento, ello no pudo obedecer sino a descuido o negligencia de su parte en el desempeño de sus funciones, los que lo hacen incurrir en culpa, al igual que al conductor de un vehículo, y, por tanto, lo mismo que en este caso, no es aplicable en contra de la Nación la presunción de culpabilidad que se deduce del texto del artículo 2356 del C. C.

6.—Siendo la demanda, como lo ha repetido la Corte, pauta obligada del juicio y de la sentencia, no puede prosperar la acción intentada sino con base en los hechos aducidos en el libelo; no puede en el curso del debate cambiarse la situación del mismo o

el fundamento de la acción, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en la demanda, aunque los nuevos aparezcan suficientemente comprobados en autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En su propio nombre y en representación de sus hijos menores, la señora María Lucrecia Forero viuda de Flórez demandó a la Nación para que se la condene a pagar los perjuicios civiles de todo orden que se les ocasionaron con la muerte de su esposo y padre, respectivamente, el señor ingeniero León Francisco Flórez.

Como hechos de la demanda la parte actora expuso en el libelo los que a continuación se resumen:

El ingeniero Luis F. Flórez, casado con la señora María Lucrecia Forero, matrimonio del cual tuvo por hijos a Diego, León, María de Jesús y María del Rosario Flórez Forero, desempeñaba el día 25 de julio de 1942 el cargo de Ingeniero Jefe del Atracadero de Puerto Salgar en jurisdicción del municipio de Puerto Liévano, Departamento de Cundinamarca, y quien en la referida fecha se embarcó en una lancha de propiedad del Gobierno Nacional con el fin de dirigirse al Puerto de La Dorada para "adelantar en éste último una diligencia fluvial".

"2) Una vez que el doctor Flórez se embarcó y momentos después de haber zarpado la lancha de Puerto Salgar sufrió un daño el motor de la embarcación, lo cual ocasionó que ésta quedara a merced de la corriente y fuera a estrellarse contra uno de los botes del vapor Bogotá surto en Puerto Salgar", a consecuencia de lo cual la lancha se volcó y el doctor Flórez pereció ahogado, habiendo sido hallado su cadáver tres días más tarde en el sitio denominado de San Cayetano.

3) La lancha carecía de salvavidas y también de remos o canaletes que suplieran el motor, y, además, no tenía el personal de tripulación necesario, pues sólo era gobernada por el piloto;

4) El doctor Flórez murió en desempeño de las funciones oficiales propias del cargo que ejercía;

5) El mismo ingeniero devengaba en la fecha de su muerte un sueldo mensual de \$ 300.00 y tenía 40 años de edad;

6) El doctor Flórez fue un buen esposo y un padre ejemplar y sostuvo a su familia con decoro con el producido de su trabajo;

7) El doctor Flórez se distinguió como profesional competetísimo, como lo acreditan "los numerosos puestos que desempeñó y los certificados que presento con la demanda".

La parte demandante estimó la cuantía de la acción en más de \$ 10.000.00, y en derecho apoyó su demanda en las siguientes disposiciones legales: Título 34 del C. C.; Decreto No. 899 de 1907; Decreto 640 de 1881 y Título 3º del C. de Comercio Marítimo.

De la demanda se dio traslado, en representación de la Nación, al señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, quien aceptó unos hechos y negó otros; oponiéndose en último término a que se hicieran las declaraciones impetradas.

El Tribunal desató la litis en primera instancia por medio de sentencia que lleva fecha veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y seis, absolviendo a la Nación de los cargos formulados en su contra en la demanda y negando las peticiones de la parte actora.

Contra esta decisión interpuso en tiempo oportuno y en legal forma recurso de apelación el apoderado de la misma parte, recurso que fue concedido por el a quo, viniendo así el negocio al conocimiento de la Corte, Sala de Negocios Generales, donde, agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, se procede a dictar sentencia de segundo grado, por cuanto, además, no se halla que la actuación esté viciada de nulidad por causal alguna que deba declararse de oficio.

El argumento en que el fallador de primera instancia apoyó principalmente la absolución proferida a favor de la Nación, fue el de que la actividad en la cual se produjo el daño cuya indemnización se demanda, estaba especialmente adscrita al doctor Flórez que lo padeció, según consta en varios decretos ejecutivos y resoluciones administrativas a que el a quo hace referencia en la parte motiva de la providencia que es objeto de revisión, y por tanto, era sobre él y no sobre la Nación, que pesaba el cuidado y la diligencia necesarios para que ese daño no se produjera, siendo en consecuencia necesario para que la acción pudiese prosperar que se acreditara "la existencia de un acto o de una omisión independiente de las funciones que ejercía el doctor Flórez, y a consecuencia de lo cual se produjo el accidente desgraciado; o bien, que la Nación no dio cumplimiento a las instrucciones, órdenes o demandas del

doctor Flórez, necesarias para la efectividad de sus labores de vigilancia y control ejercida por él como delegado suyo", hecho o circunstancias todos éstos que no fueron siquiera alegados en la demanda (fls. 48, c. 1).

### Las pruebas

El acervo probatorio acompañado a la demanda y producido dentro de los términos legales en las dos instancias del juicio, está integrado principalmente por varios documentos y algunas declaraciones de testigos.

Entre los primeros se encuentran ante todo la partida de matrimonio de la demandante señora María Lucrecia Forero con el doctor León Francisco Flórez, celebrado en esta ciudad en la parroquia de San Victorino el día 19 de marzo de 1932; las partidas de bautismo de Diego, León, María de Jesús y Magdalena del Rosario Flórez Forero, con las cuales queda acreditada su filiación legítima respecto de los señores León Francisco Flórez y María Lucrecia Forero de Flórez; su minoridad en el momento de presentarse la demanda, pues las fechas de su nacimiento fueron, respectivamente, el 2 de marzo de 1933, el 14 de julio de 1936, el 16 de marzo de 1935 y el 6 de marzo de 1939, y, por último, la partida de defunción del doctor Flórez, expedida por el Notario del Circuito de La Dorada.

Todos estos documentos, como muy bien lo anota el a quo, acreditan tanto la calidad de representante legal de los menores que alega la actora, como el interés jurídico de todos para demandar la indemnización suplicada, no ofreciendo en consecuencia duda o reparo alguno la personería de la parte actora, como tampoco lo ofrece la de la parte demandada, que estuvo representada tanto en la primera, como en la segunda instancia del juicio por sus legítimos representantes, los respectivos Agentes del Ministerio Público.

Obran además en autos y en copias auténticas, los siguientes documentos:

1) Resolución del Ministerio de Obras Públicas (Dirección General de Navegación) de fecha agosto 19 de 1942, por medio de la cual se reconoció a la demandante señora Forero v. de Flórez y a sus hijos menores, la suma de \$ 3.600.00 por concepto del seguro de vida de su esposo y padre doctor León Francisco Flórez (fls. 7 v. c. No. 1).

2) Diligencia de levantamiento del cadáver del mismo doctor Flórez, llevada a cabo por el Alcalde de Puerto Liévano, el 28 de julio de 1942 en

una plataforma de los almacenes de la canalización de esa jurisdicción (fls. 8 y v. ib.).

3) Denuncio dado el 26 de julio del mismo año por el Visitador de Obras Públicas, señor Adriano Benavides Méndez, al señor Alcalde de Puerto Salgar sobre desaparición del ingeniero doctor León Flórez (fls. 8 v. y 9 ib.).

4) Decreto ejecutivo número 205 de 1942 (enero 25) por el cual se nombró al mencionado doctor Flórez para el cargo de Ingeniero Jefe del Atracadero de Puerto Salgar, y certificación del Secretario General del Ministerio de Obras Públicas de haber aquél devengado en el desempeño del dicho cargo las siguientes sumas mensuales: \$ 270, desde el día 6 de febrero de 1942, fecha de su posesión, hasta el día 31 de marzo inclusive del dicho año, y \$ 300, desde el día 1º de abril inmediatamente siguiente hasta el día 26 de julio de 1942, en que falleció (fls. 10 y v. ib.).

5) Acta de posesión del doctor León Francisco Flórez del mencionado cargo de Ingeniero Jefe del Atracadero de Puerto Salgar, verificada ante el Alcalde de Montería el 6 de febrero de 1942 (fls. 11 y v. ib.).

6) Resolución del Ministerio de Obras Públicas número 517 de 1942 (agosto 4) por medio de la cual se deplora la muerte trágica del doctor Flórez y se dispone que "los gastos de rescate del cadáver, entierro, así como los de transporte de los efectos del doctor Flórez de Puerto Salgar a Bogotá y todos los demás relacionados con este deplorable accidente, serán de cuenta del Gobierno Nacional y se pagarán con cargo al capítulo 83, artículo 1241 (Obras de Puerto Salgar), de las apropiaciones vigentes" (fls. 17 ib.).

A más de los anteriores documentos, se encuentran otros con los que se acredita el nombramiento y ejercicio por parte del doctor Flórez de otros cargos públicos, y certifica además acerca de las buenas condiciones personales del mismo para el desempeño de dichos cargos, y, por último, el poder conferido por la señora Lucrecia Forero de Flórez al doctor Enrique Sanz Mazuera para que lleve su representación en este juicio.

Se allegó también durante la primera instancia, copia del "Acta de baja por inmersión" levantada por el Almacenista de las Obras Portuarias de Puerto Salgar el 3 de agosto de 1942, en la que se lee, entre otras cosas que: "siendo aproximadamente las cuatro y media de la tarde del citado día veinticinco de julio próximo pasado, el señor Ingeniero Jefe Administrador del Puerto doctor León F. Flórez, en compañía del mencionado señor Be-

navides (Adriano, según dice más arriba) y del señor Guillermo Lozano, se dirigieron al puerto de La Dorada, en diligencias oficiales, en la lancha 'L-8-38' de propiedad del Gobierno Nacional, Ministerio de Obras Públicas, manejada por el motorista José M. Barroso. A la hora indicada, la lancha partió del puerto de éstas, situado al sur del malecón, en el cual se hallaban anclados varios buques con sus botes transportadores. Ya hacia el centro del río, se apagó el motor y la lancha se vino al impulso del viento hacia el malecón, sin que valiera a detenerla el esfuerzo por prender de nuevo el motor, ni la palanca que lo hizo a canaleta, el señor Guillermo Lozano, para que ésta viniera a tropezar contra uno de los botes en puerto, donde se hundió, salvándose los señores Benavides y Lozano quienes consiguieron saltar oportunamente al mismo bote con el cual chocó, y yéndose al fondo del río el Ingeniero doctor León F. Flórez quien se ahogó, y el motorista Barroso quien fue sacado ya abajo de los barcos" (fls. 8 y v. c. No. 2).

En la misma acta, cuya copia fue traída a los autos a solicitud de la parte actora, se dice además: "En la lancha iban dos canaletes y trece metros de cadena de 3/8, también de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, inventariados en los Almacenes de este puerto" (fls. 8 v. ib.).

Durante esta segunda instancia del juicio, a solicitud de la parte actora se practicaron igualmente varias pruebas: se acompañó por el peticionario al escrito de pruebas, copia auténtica expedida por el secretario general del Ministerio de Obras Públicas, del acta de levantamiento del cadáver del ingeniero León F. Flórez, diligencia practicada por el Alcalde de Puerto Liévano el 28 de julio de 1942, y del denuncia formulado ante el Alcalde de Puerto Salgar por el señor Adriano Benavides Menéndez, Visitador de Obras Públicas, con fecha 26 de julio de 1942, sobre desaparición del ingeniero doctor Flórez. Allí se lee que el día inmediatamente anterior "a eso de las cuatro y media de la tarde se presentó el ingeniero Flórez a mi despacho en solicitud de que lo acompañara al Puerto de La Dorada con el fin de adelantar una diligencia fluvial en dicho puerto. Una vez embarcados en una de las lanchas de propiedad del Gobierno Nacional, y momentos después de haber zarpado del puerto sufrió un daño el motor lo cual ocasionó que la lancha quedara a merced de la corriente, bastante fuerte ésta debido a la creciente del río, a pesar de los esfuerzos hechos por el motorista timonel de la lancha José M. Ba-

roso y como de todos los demás pasajeros a saber: Ingeniero Administrador de las Obras Portuarias de Salgar, León Flórez; Guillermo Lozano, y del suscrito, no nos fue posible evitar que la lancha se fuera contra uno de los botes del Vapor "Bogotá", surto en puerto lo que ocasionó que la lancha se escorara fuertemente y desapareciendo en este lamentable accidente únicamente el ingeniero Flórez. Informo además al señor Alcalde que inmediatamente se tomaron las medidas del caso para rescatar al ingeniero Flórez siendo hasta ahora negativas las labores encaminadas con este fin"; se recibieron las declaraciones de Alberto Lara, Antonio Presiga, Egidio Molano, Domingo Cuéllar, Genaro Avendaño, Eleuterio Lazzo; se allegó una certificación del Secretario de la Alcaldía Municipal de Puerto Salgar, en que consta que por esa oficina no se adelantó investigación criminal alguna relacionada con la muerte trágica del doctor Flórez; otra del señor Inspector Fluvial de La Dorada, de que en los libros de ese Despacho no existe constancia alguna de que al señor José María Barroso se le expidiera licencia o credencial de timonel o piloto de lanchas; otra del Inspector Fluvial de Puerto Salgar en igual sentido, y una última del Administrador de Obras Públicas del dicho puerto, en la cual se lee "que solamente existe en los papeles, una tarjeta de seguro de vida, la cual declara al citado Barroso como ayudante de motorista, al servicio de las Obras"; por último, se rindió por expertos designados por las partes, dictamen pericial sobre los siguientes puntos: "a) Si las embarcaciones pequeñas de navegación a motor que se emplean en el río Magdalena deben llevar por lo menos dos tripulantes; b) Si deben estar provistas, en previsión de daños del motor, de medios adecuados para gobernarlas y de salvavidas de caucho para el caso de un naufragio; c) Si por los datos que obran en el expediente se ve claramente que la lancha en que perdió la vida el doctor Flórez no llevaba sino un tripulante, José M. Barroso, y carecía de salvavidas y botes de caucho; d) Si una revisión previsiva de la autoridad correspondiente practicada en el motor de la lancha, habría sido suficiente para impedir el naufragio en referencia y si un timonel hábil habría podido prever el accidente toda vez que manejaba y conocía habitualmente el motor", dictamen éste que fue rendido de manera uniforme por los dos peritos principales doctores Eduardo Gamba Escallón y Diego Tovar Borda.

La Sala considera:

Como muy bien lo anota el a quo en la senten-

cia que es objeto de revisión, la acción ejercida es la de responsabilidad civil extracontractual definida en nuestra legislación por los artículos 2341 y 2356 del C. C., la cual puede ejercerse, conforme al precepto de los artículos 2347 y 2349 del mismo Código, no sólo contra el propio autor del acto culposo o de la negligencia, sino también contra las personas a cuyo cuidado y bajo cuya dependencia se encuentra aquél, personas entre las cuales se cuentan también las entidades de derecho público, conforme lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte y de los Tribunales del país.

También anota con acierto el Tribunal que la jurisprudencia, especialmente la de la Corte, ha encontrado ya, en varias ocasiones, en la norma del artículo 2356 del C. C., base suficiente para establecer una presunción de culpabilidad en contra del que realiza cierta clase de actividades, especialmente las relacionadas con el tráfico, el transporte, la aviación, la navegación, etc., de manera que en estos eventos el actor queda relevado de la carga de probar la culpa en que hubiere incurrido aquél que realizó el acto peligroso, y del cual se demanda indemnización por los daños ocasionados con el mismo. Y con igual acierto recuerda el fallador de primer grado que esta Sala de Negocios Generales, en sentencia de ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dijo textualmente que: "la presunción de culpabilidad es inadmisibles en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho.

"El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños con la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, im-

pidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore.

"De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él accione sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación a terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho, para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido hecho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Mas esta presunción, basada en la violación de algunos de los deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros, víctimas del daño.

"El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal (artículo 2352 del C. C.) a virtud del vínculo jurídico que los ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aún el daño del propio empleado, que pueda repercutir sobre otros, incluyendo al empleador.

"En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, o mecánico, obrero, etc., se causa daños en los momentos en que actúa, originados en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho de la reparación.

"No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir, que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **Actori incumbit probatio**".

Por su parte, la Sala ha hecho en esta ocasión un nuevo estudio del problema, y no sólo no encuentra modificación alguna que introducir a su ante-

rior jurisprudencia, sino que la ratifica en todas sus partes.

Queda, pues, tan sólo por averiguar si ella es aplicable al caso de autos, como lo consideró el *a quo*, o si, por el contrario, como lo pretende el recurrente en su alegato de segunda instancia, aquél incurrió con esto en un error.

El Tribunal para llegar a la conclusión de que las actividades que el doctor Flórez desempeñaba en Puerto Salgar incluían las relacionadas con la navegación en lancha, y de que este servicio adscrito o destinado al ejercicio de tales funciones y en esa virtud estaba a cargo directo e inmediato del doctor León Francisco Flórez el deber de cuidado y vigilancia necesarios para que tal servicio no produjera daño, hace estudio detenido de las disposiciones legales, reglamentarias y ejecutivas relacionadas con el cargo desempeñado por el mencionado ingeniero, pues dice: "como no hay, de acuerdo con los principios sobre régimen político y municipal, empleo que no tenga funciones detalladas en la Constitución, en ley o en reglamento, u ordenanza o acuerdo en su caso, tales funciones deberán estudiarse a la luz de los preceptos relacionados con el cargo que desempeñaba el doctor Flórez en el momento de que se sucedió el accidente en que perdió la vida".

Y al respecto razona así la misma entidad (fls. 47 c. 1):

"Consta de autos que por Decreto No. 205 de 30 de enero de 1942 el doctor León F. Flórez fue promovido al cargo de Ingeniero Jefe del Atracadero de Puerto Salgar", cargo del cual tomó posesión ante el Alcalde de Loricá, en donde anteriormente prestaba sus servicios, el 6 de febrero del mismo año de 1942 (fls. 10 y 11, c. No. 1).

"La resolución de fecha 19 de agosto de 1942 por medio de la cual el Ministerio de Obras Públicas decretó el pago del seguro de vida a la señora viuda del doctor Flórez (fl. 7, c. No. 1); la diligencia del levantamiento de cadáver practicada por la Alcaldía de Puerto Liévano (fl. 8 *ibidem*); y la diligencia de 'inmersión' de la lancha que naufragó, practicada por el Almacenista de las obras portuarias de Salgar (fol. 8, c. No. 2), acreditan que el día 25 de julio de 1942, en que se sucedió el accidente, el doctor Flórez desempeñaba el cargo ya mencionado.

El Decreto Ejecutivo No. 181 de 14 de noviembre de 1939, 'por el cual se dicta una disposición en el ramo de Navegación Fluvial' —sigue diciendo el *a quo*— reza lo siguiente:

"Artículo único.—En todos los puertos del río

Magdalena donde haya Ingeniero Jefe de las obras fluviales, la supervigilancia de los servicios prestados por las Inspecciones Fluviales estará a cargo de dicho funcionario, quien rendirá al Ministerio un informe mensual sobre el particular".

"Las funciones de los Inspectores de Navegación Fluvial del Magdalena, según resulta de los Decretos Ejecutivos Nos. 640 de 25 de agosto de 1881 y 831 de 11 de mayo de 1929, son esencialmente de control de la navegación, a efecto de que ésta preste toda clase de garantías, control que se extiende a la de "embarcaciones menores", según aparece del Decreto Ejecutivo No. 457 de 11 de mayo de 1932, pues tales funcionarios son los encargados de expedir las patentes de navegación para esa clase de embarcaciones.

"Las funciones de los 'Administradores de Puerto' nombre con el cual designa en ocasiones el Ministerio de Obras Públicas el cargo que desempeñaba el doctor León F. Flórez, como puede verse en la ya citada resolución de 19 de agosto de 1942, y en la número 517 de 4 de agosto del mismo año (fl. 7, c. No. 1), son también de control y organización del tráfico portuario, y además la especial del cuidado y administración de los neumáticos que posea el puerto, según lo ordena la Resolución Ejecutiva No. 570 de 23 de noviembre de 1939, 'por la cual se señalan las funciones que corresponden a los Administradores de Puerto'".

Pero el abogado recurrente, como se deja anotado, rechaza esta argumentación, lo que hace en los siguientes términos textuales: "La deducción del sentenciador toca los límites del absurdo —dice— porque la atribución de supervigilar que la disposición atribuye al Ingeniero Jefe del Puerto, no puede llegar hasta a absorber todas las funciones de los Inspectores Fluviales, entonces éstos estarían demás, no tendrían razón de existir. La disposición establece una vigilancia suma del Jefe del puerto sobre los servicios y conducta del Inspector Fluvial pero no llega esa atribución hasta hacerse responsable de toda la labor asignada a los Inspectores Fluviales. El caso es similar a la supervigilancia que ejerce el Jefe de la Sección de Justicia en relación con los Jueces y empleados judiciales. A nadie se le ha ocurrido juzgar que esa vigilancia hace responsable al Jefe de la Sección de Justicia de los actos de sus vigilados. Por otra parte, el sentenciador no consideró ni tuvo en cuenta todas las disposiciones que reglamentan la materia.

"Las autoridades que integran la navegación fluvial constituyen un verdadero organismo que prim-

pia con la Sección de Navegación del Ministerio de Obras Públicas y abarca las Intendencias fluviales. Este organismo fue reglamentado por el decreto No. 899 de 1907 que estableció una Intendencia con jurisdicción en cada uno de los ríos navegables.

"Entre otras son atribuciones del Intendente: 1º—Examinar por sí mismos y asociados de los Inspectores Técnicos todas las embarcaciones que se presenten para ser matriculadas; 2º—Examinar, aprobar y visar u objetar el rol de la tripulación...; 6º—Suspender el servicio de las embarcaciones que no ofrezcan seguridad para los transportes o que no estén en buen estado.

"Son funciones y deberes de los Inspectores Técnicos según el artículo 12 del decreto: 1º—Practicar el reconocimiento de las embarcaciones, ya sea para el efecto de la matrícula de ellas o después de puestas al servicio público, siempre que para ello lo requiera el Intendente o alguno de los Inspectores Comisarios.

"Artículo 15.—Son deberes de los Inspectores Comisarios (de navegación)...: 2º—Cerciorarse de que en la embarcación va la tripulación suficiente y que se compone de personas competentes y de buena conducta... 9º—Impedir la salida del puerto de las embarcaciones que no se encuentren en buen estado.

"El Decreto No. 457 de 1932 obligó a todas las embarcaciones menores a proveerse en la respectiva Inspección o Intendencia de una patente de navegación, válida por un año, la cual puede ser retirada o anulada por las autoridades fluviales en los casos análogos a aquéllos en que pueden ser retiradas o anuladas las patentes de embarcaciones menores.

"El artículo 4º dispone: Las patentes de embarcaciones menores no necesitan la previa formalidad de matrícula; pero sí el examen técnico correspondiente.

"Posteriormente la Resolución No. 33 de 5 de agosto de 1939 dictada por la Intendencia de Navegación del río Magdalena reglamentó los servicios de la Inspecciones Técnicas para la patentación legal de embarcaciones de propulsión mecánica, salvo las siguientes condiciones:

"a) Previa autorización escrita para cada caso y dentro de los términos de técnica indicados por los Inspectores Técnicos Oficiales previa revisión legal.

"El artículo 3º dice: Entiéndese por Inspectores Técnicos la de la Intendencia de Barranquilla, la de la oficina fluvial de Cartagena, la de la Inspección Fluvial de La Dorada y en casos de urgencia

el Ingeniero Jefe de los astilleros nacionales de Santa Cruz.

"No está en lo cierto la sentencia cuando afirma que los Inspectores de Navegación Fluvial tienen el control absoluto de la navegación y que son los encargados de expedir las patentes de navegación a las lanchas, porque el Inspector Fluvial no puede expedir patentes según la disposición transcrita, sin previa autorización escrita de los Inspectores Técnicos y dentro de los términos de técnica indicados por éstos. Los inspectores fluviales no tienen libertad para otorgar las patentes; están sometidos al concepto o autorización escrita de los Inspectores Técnicos.

"El artículo 46 del Decreto 1661 de octubre de 1933 dice: Los Inspectores Técnicos Fluviales dependen directamente de la Dirección General de Navegación y sus funciones están íntimamente ligadas con las de las Intendencias e Inspecciones Fluviales. Estarán encargados especialmente de que las empresas de transportes mantengan todos sus vehículos en perfecto estado para navegar. Es por tanto indudable que la Inspección Técnica de La Dorada tenía a su cargo la vigilancia de la lancha del Gobierno y que ésta se encontraba en perfecto estado para navegar. El Inspector de Navegación de Salgar no tenía el control absoluto sobre la lancha, porque la vigilancia, examen del vehículo y la estricta observación de sus propias disposiciones en la materia, está a cargo de las Inspecciones Técnicas. Ahora: el Jefe del atracadero de Puerto Salgar no tiene dominio sobre el Inspector Técnico por dos razones: 1º—Porque el Decreto 2181 le otorga la supervigilancia de los servicios prestados por la Inspección Fluvial; pero no sobre la Inspección Técnica y la ley hace la distinción entre unas y otras; y 2º—Porque la jurisdicción del Jefe de Puerto Salgar está limitada a este puerto y no al Puerto de La Dorada.

"Saber si los barcos, inclusive las lanchas se encuentran en perfecto estado para navegar, es cuestión de vital importancia porque están de por medio la vida de los pasajeros y las mercancías que transportan y con el fin de garantizarlas debidamente, han sido creadas las Inspecciones de navegación fluvial y las jefaturas de puerto. Son oficinas que tienen a su cargo la parte administrativa encargadas de cumplir las órdenes que den las Inspecciones Técnicas respecto a la suspensión de los barcos que no reúnan las condiciones de navegación.

"Un Jefe de Puerto no es propiamente un técnico en la complicada maquinaria de un buque;

pero un Inspector Técnico sí tiene que ser un experto en la materia, de ahí que a lo largo del río Magdalena se creara un cuerpo especial de expertos, una de cuyas oficinas está establecida en La Dorada con jurisdicción sobre puertos aledaños, el más cercano de los cuales es Puerto Salgar, situado a kilómetro y medio según el cuadro de distancias que figura en la página 227 de la ya mencionada obra 'Navegación Marítima y Fluvial'.

"El Gobierno Nacional como propietario de la lancha estaba obligado a someterla al examen de la Inspección Técnica de La Dorada, y es lo más seguro que no se cumplió con este requisito porque no aparece que estuviera provista de la patente de navegación.

"Siendo la Inspección Técnica de La Dorada una oficina del Gobierno y teniendo éste el control absoluto de la navegación, se deduce lógicamente que la Inspección tenía a su cargo velar porque la lancha de propiedad del Gobierno se encontrara en estado correcto de prestar sus servicios y no era el Jefe de Puerto Salgar el responsable; luego la conclusión del Tribunal con respecto a las actividades del doctor Flórez en relación con la lancha no tienen fundamento sólido".

Por su parte, la Sala anota: en autos no aparece otra prueba de que la lancha en referencia era de propiedad de la Nación que el acta de baja por inmersión de que ya se ha hecho mención en esta providencia, acta en la cual tan sólo se dice que la embarcación pertenecía al Ministerio de Obras Públicas, sin especificar a cuál dependencia del dicho Ministerio estaba adscrita en esa fecha.

Todo está indiciando, sin embargo, que ella estaba destinada al servicio de la Administración del Puerto de Salgar, cargo que desempeñaba la víctima del accidente y a quien incumbía, según certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas (c. 4, fl. 3 v.) entre otras cosas, conservar el equipo perteneciente a la dicha administración.

Y que la lancha tantas veces mencionada estaba adscrita a esa dependencia para su servicio es conclusión a la cual puede fácilmente llegarse ante todo atendiendo a la manera como se desarrollaron los acontecimientos, porque en ninguna parte se dice que el doctor Flórez se dirigió a otra dependencia nacional en solicitud de que se le facilitara o permitiera el uso de la embarcación para la diligencia que iba a realizar, sino que se embarcó en ella, como en cosa que se hallaba bajo su directa dependencia y cuidado, y, además, también, por la exposición hecha ante el Magistrado

Ponente, en declaración jurada recibida durante esta segunda instancia a solicitud de la parte actora, por el señor Alberto Lara, quien dio como prueba del hecho de que él conocía la lancha e que perdió la vida el mencionado ingeniero, el mismo que el de que dicha lancha estaba dañada el de que él (el declarante) viajaba tres o cuatro veces al día en ella, porque era él "el que hacía los mandados del señor Flórez", pues si en esa lancha hacía el declarante Lara "los mandados de señor Flórez" es sin duda alguna porque la embarcación se hallaba bajo la dependencia de éste en su condición de Administrador del Puerto de Salgar.

Y si esto es así, no puede menos de serlo también, el que, como lo decidió el a quo, para que sus causahabientes puedan obtener reparación por parte de la Nación de los perjuicios sufridos con la muerte de aquél, es decir, para que la acción ejercida en este juicio pueda prosperar, es necesario la comprobación de la existencia de un acto o de una omisión independientes de las funciones que ejercía el doctor Flórez; que debido precisamente a ese acto o a esa omisión de otro agente de la Nación se produjo el accidente, o bien, que la Nación no dio cumplimiento a las instrucciones, órdenes o demandas del doctor Flórez necesarias para la efectividad de sus labores de vigilancia y control ejercidas por él como agente o delegado suyo, pues la presunción de culpabilidad no puede tener aplicación en el caso de autos en favor de la víctima, conforme a la doctrina ya expuesta de la Corte, comprobación que no existe sin embargo en autos.

Ciertamente no existe una absoluta identidad entre el caso a que se refiere la jurisprudencia de la casación civil citada por el Tribunal y sobre la cual éste apoyó casi exclusivamente su decisión de primer grado, es decir, del chofer, maquinista, etc., que sufre un daño al conducir la máquina o vehículo, y al de autos, pues que el doctor Flórez no iba conduciendo la lancha tantas veces mencionada. Pero, como, según se deja dicho, está demostrado en el proceso que la embarcación en referencia estaba adscrita al servicio de la oficina o dependencia nacional de la cual era jefe el mencionado ingeniero, sí puede haber alguna semejanza, toda vez que, como responsable que era de los objetos adscritos a dicha dependencia, entre los cuales se encontraba la lancha, el doctor Flórez debía cuidar de los mismos, y conocer por lo tanto, los daños que tenía la embarcación. Si en realidad no tenía ese conocimiento,

o no pudo obedecer sino a descuido o negligencia de su parte en el desempeño de sus funciones, que lo hacen incurrir en culpa, al igual que al conductor de un vehículo, y, por tanto, lo mismo en este caso, no es aplicable en contra de la acción la presunción de culpabilidad que se deduce del texto del artículo 2356 del C. C.

Para concluir, anota la Corte que no es el caso tomar en cuenta los argumentos aducidos por la parte actora en el alegato de segunda instancia que con ellos pretende situarse el debate en un plano distinto de aquél en que se situó en la demanda, porque habiendo en ésta fundado el demandante la responsabilidad de la Nación en culpa de un agente suyo, el conductor de la lancha de propiedad nacional que naufragó, ahora pretende deducirse esa misma responsabilidad del hecho, negligencia o culpa de otros agentes, los encargados del servicio de supervigilancia o policía de la navegación fluvial, quienes no prestaban debidamente ese servicio.

Ahora bien: siendo la demanda, como lo ha reterido la Corte, pauta obligada del juicio y de la sentencia, no puede prosperar la acción intentada no con base en los hechos aducidos en el libelo; no puede en el curso del debate cambiarse la situación del mismo o el fundamento de la acción, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que no fueron propuestos para tal objeto en la demanda, aunque los nuevos hechos aparezcan sucesivamente comprobados en autos.

Por otra parte, además, ningún valor puede tener el argumento de que siendo la Inspección Técnica de La Dorada una oficina del Gobierno Nacional a cuyo cargo estaba el control de la navegación fluvial en ese sector del río, y siendo igualmente la lancha en que pereció el doctor

Flórez de propiedad del mismo Gobierno Nacional, a aquélla correspondía vigilar de que la referida embarcación se encontraba en perfecto estado de prestar sus servicios.

Ciertamente a dicha oficina correspondía esa vigilancia sobre la lancha, pero esto no se debía al hecho de que la embarcación fuera de propiedad del Gobierno Nacional, porque igual deber tenía en relación con otras embarcaciones que no eran de propiedad nacional, y además, de las disposiciones transcritas por el demandante no se desprende en modo alguno que la revisión de la embarcación debiese llevarse a cabo por la Inspección Técnica de La Dorada de manera por decir así oficiosa cuando se tratase de embarcaciones de propiedad de la Nación, sino, por el contrario, todo está indicando que era al encargado de cuidar de los enseres de la oficina o dependencia nacional a la cual estaba adscrita la embarcación, que en el caso de autos, como se ha dicho, lo era la propia víctima, a quien correspondía someterla a la revisión de la dicha inspección, y, si así no se hizo, culpa es de éste y no de otro agente de la Nación.

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, CONFIRMA la sentencia objeto del presente recurso de apelación.

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

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Belisario Agudelo. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION POSESORIA POR OCUPACION POR PARTE DE LA NACION DE UNA ZONA DE TERRENO DE PROPIEDAD PARTICULAR PARA REALIZAR TRABAJOS PUBLICOS

Como lo ha dicho la Corte: "Cuando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley, como una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración, se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada. Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la posesión, pues si así no fuera quedarían superpuestos a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sean los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero cinco de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

En la red de carreteras nacionales que enumera la ley 88 de 1931, figura la transversal de Manizales al río Magdalena. Facultado el Gobierno en esta ley para llevar a cabo obras por administración directa o por contrato con personas naturales o jurídicas, y facultado el Gobernador del Departamento de Caldas, por la ordenanza 1ª de 1932, para contratar con la Nación la construcción de carreteras nacionales que beneficiaran al Departamento y para arreglar el pago de inversiones

hechas en obras nacionales, pactaron la construcción de aquella carretera transversal, según consta en escritura número 476, hecha en la Notaría 3ª de Bogotá, el 11 de mayo de 1932 y publicada en el D. O. No. 22027, de 2 de julio de ese mismo año (pág. 38).

Desde antes de esa convención está construida la carretera en la parte que atraviesa la finca que fue de Juan de J. Gallego y que éste vendió a Fidel Márquez, como consta en la escritura número 663, hecha en la Notaría 2ª de Manizales, el 2 de agosto de 1931, pues en la cláusula novena de esa escritura dijeron los contratantes: "Que el terreno vendido está atravesado por una carretera y que el comprador queda con derecho a cobrar la respectiva indemnización o valor de la faja ocupada".

Márquez optó por demandar a la Nación en juicio reivindicatorio. Afirmó que el Gobierno Nacional poseía materialmente la aludida faja de terreno con la carretera Manizales-Río Magdalena ya dada al servicio público y cercada con alambrados por sus costados sur y norte. No prosperó la reivindicación, según sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 21 de septiembre de 1939 confirmada por esta Sala de la Corte Suprema el 26 de noviembre de 1940, en sentencia publicada en la G. J., Tomo L, página 253.

Se citó en esta ocasión la doctrina de algunos tratadistas sobre intromisiones en la libertad y propiedad de los ciudadanos que podían llamarse expropiaciones de hecho, llevadas a cabo por las autoridades administrativas para fines de utilidad pública pero sin observar las formalidades legales, casos contemplados en la ley 38 de 1918 que reguló el modo de indemnizar a los particulares y que dio al Consejo de Estado la competencia para conocer de esas reclamaciones cuando se dirigían contra la Nación, y terminó diciendo que por cuanto el bien materia de la acción reivindicatoria se había convertido en un bien de uso público, no susceptible de propiedad e imprescriptible, no procedía la acción reivindicatoria.

Se refiere en la demanda de 22 de mayo de 1945, base de este juicio: Que el Departamento de

Caldas empezó a construir, el 18 de esos mismos meses y año, un edificio dentro de los linderos de la finca de Márquez destinado para factoría de la licorera de Caldas; que al demandante se le va a privar del derecho a construir con frente a la carretera, en la parte donde se inició la edificación y a perjudicarlo si allí llegaren a habitar empleados o expender licores, y que los agentes de la Nación, del Departamento y de la licorera de Caldas obraban de manera mancomunada. Por tales motivos pidió el apoderado de Fidel Márquez, en acción posesoria, que con audiencia de esas tres entidades se ordenara suspender la construcción del edificio, y que si estuviere construido cuando terminara este juicio se ordenara su destrucción, o se le autorizara a hacerlo a costa de los demandados.

El Tribunal Superior de Manizales desató la controversia de manera adversa para el actor, en sentencia de 27 de marzo de 1947, oportunamente apelada. El Tribunal se fundó, en síntesis, en que Márquez no había tenido la posesión material del terreno donde se hacía la construcción denunciada porque quedó demostrado con peritos que hace parte del que la Nación tiene destinado y ocupado con la carretera dada al servicio público hace varios años.

En un juicio semejante al que ahora se decide, propuesto por Fidel Márquez contra la Nación, dijo esta Sala, en sentencia de 18 de octubre último, lo que a continuación se reproduce como fundamento del presente fallo: "Cuando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley, como una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración, se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada. Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la po-

sesión, pues si así no fuera quedarían supeditados a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sean los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común. Por eso se ha establecido en la ley 167 de 1941, Capítulo 22, que cuando se ocupa una propiedad particular a causa de trabajos públicos o se le ocasionan daños con esos trabajos, sólo se pueden reclamar indemnizaciones pecuniarias contra la respectiva entidad oficial, en juicios de que conoce la justicia contencioso-administrativa.

"Desde luego, no es que la justicia ordinaria sea incompetente para conocer del presente negocio, ya que aquí no se reclaman indemnizaciones sino únicamente la demolición de la caseta construida en la carretera: es que en razón de las limitaciones impuestas por los servicios públicos, la acción escogida por el demandante no es la conducente.

"Por lo demás, dentro del propio campo de las leyes civiles resulta sin adecuado fundamento la acción intentada por el señor Fidel Márquez a la luz de los hechos demostrados en el proceso. Para la Corte no hay duda, en efecto, acerca de que la posesión material de la zona ocupada la ha mantenido desde hace muchos años la Nación, tanto porque así lo afirma el propio demandante, cuanto por las pruebas del negocio. La Nación no sólo construyó por sí la carretera, sino que ha estado ejerciendo otros actos de verdadero señorío, como la misma construcción de la caseta de la demanda. Por eso el actor se ha limitado a invocar la posesión inscrita".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia que ha sido materia de revisión.

Publíquese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Belisario Agudelo D. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Jorge García M., Oficial Mayor.

## TESTIMONIO. — REQUISITOS PARA QUE PUEDAN SER APRECIADAS EN JUICIO LAS DECLARACIONES RENDIDAS FUERA DE EL

El Código Judicial vigente en su artículo 693 establece lo siguiente: "Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, pregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

Esta es la única disposición que hay acerca de los requisitos que es menester cumplir para aducir como prueba declaraciones que han sido rendidas extrajuicio. La ley exige que la ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio brindándole así a la contraparte la facultad de pedir la no admisión de determinada prueba, y en tratándose de la prueba testimonial le otorga, además, el derecho de contrainterrogar a los testigos. Son estas, pues, las razones que el legislador tuvo indudablemente en cuenta para establecer, que la ratificación de los testimonios rendidos extrajuicio ha de ser solicitada y practicada durante el término probatorio.

El Código Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma cómo deba recibirse la ratificación de los testimonios. No puede, a juicio de la Corte, admitirse la tesis sostenida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además, llenar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; basta que el testigo, después de que le haya sido leída su declaración, diga que ratifica, que está de acuerdo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, por el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Con fecha ocho de octubre de 1946, profirió el Tribunal Superior de Bogotá, sentencia definitiva en el presente juicio ordinario, instaurado por Miguel J. Ceballos y Doraliza Durán contra la Nación.

Textualmente dice la parte resolutive del fallo mencionado:

"1º—La Nación colombiana es civilmente responsable, y así se le declara, de la muerte trágica del soldado Miguel Ceballos Durán o Miguel Durán, ocurrida el veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y dos en la ciudad de Barranquilla, a consecuencia de un disparo de arma de fuego manejada con descuido por el militar Humberto Vilar G.

"2º—Se condena a la Nación colombiana a indemnizar a la demandante Doraliza Durán, madre natural de la víctima, los perjuicios materiales y morales puramente subjetivos que se le causaron por el hecho de que trata el punto anterior.

"Parágrafo 1º—El monto líquido de los perjuicios materiales se fijará en la ejecución de este fallo, con arreglo al artículo 553 del C. J.

"Parágrafo 2º—Se fija en dos mil pesos (\$ 2.000) el monto de los perjuicios morales subjetivos.

"3º—Se absuelve a la Nación del pago de perjuicios morales objetivados.

"4º—Se niega lo demás pedido.

"Sin costas".

Contra el fallo condenatorio interpuso recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte, en nombre del Estado, el señor Fiscal del Tribunal sentenciador.

El recurso mencionado ha recibido ante esta Superioridad la tramitación legal correspondiente, habiendo tomado parte en representación y a nombre de la Nación el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien, como se verá luego, adujo razones encaminadas a demostrar la revocatoria de la providencia materia de la apelación.

Hallándose el negocio en estado de ser fallado procede a su decisión en la presente providencia. El aspecto probatorio del negocio no se ha modificado en este segundo grado de jurisdicción por tanto ante esta superioridad no se ha presentando ninguna prueba.

La Corte acoge las razones expuestas en el fallo apelado para no reconocer personería sustantiva a Miguel J. Ceballos y para reconocerla a Doraliza Durán en su condición de madre natural del desaparecido, tal como se solicita en la petición subsidiaria de la demanda.

Miguel Ceballos, o Miguel Durán, en el año de 1939 hizo en el colegio "Miguel A. Torres", de la población de Salazar, el tercer año de bachillerato, habiendo obtenido en el examen bimestral de abril de dicho año buenas calificaciones que demuestran la aptitud y capacidad que poseía para el estudio (esto aparece en la certificación del Director del Colegio y se halla al folio 4 del cuartel número 1). Terminados sus estudios se dedicó Miguel al trabajo de zapatería hasta que el 4 de mayo de 1941 ingresó al ejército como soldado, a fin de prestar su servicio militar en el Batallón de Ingenieros Baraya número 5 de la guarnición de Salazar; posteriormente, el primero de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942), fue trasladado al Batallón de Ingenieros Camilo Torres número 2, de la guarnición de Barranquilla, donde permaneció hasta el 23 de abril de 1942 cuando por defunción fue dado de baja. En efecto, cuando en dicho día el soldado Ceballos Durán recibía instrucción militar en el patio del cuartel, fue herido y falleció a consecuencia de un disparo de fusil; hecha la investigación correspondiente se comprobó que el disparo que le causó la muerte salió del fusil que portaba el cabo primero Humberto Vilar, el cual se hallaba prestando el servicio de centinela en el momento de producirse el accidente.

En la copia del proceso penal, traída por el demandante, aparece que el Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de 16 de diciembre de 1943, confirmó la sentencia proferida por el Consejo de Guerra Ordinario, dictada el 29 de marzo del mismo año, y por la cual se condenó al soldado Humberto Vilar a la pena principal de un año de prisión militar y a la accesoria de separación del servicio. El mencionado Consejo de Guerra, habida consideración de los antecedentes de buena conducta y la ninguna peligrosidad social del soldado Vilar, le otorgó el perdón judicial prescindiendo de aplicarle la sanción correspondiente.

Tanto el Consejo de Guerra Ordinario como el Tribunal, estimaron que Vilar no sólo obró contraviniendo instrucciones militares, sino que "incurrió en descuido, imprevisión o negligencia", configurándose un delito culposo del cual debía responder.

Doraliza Durán no se constituyó parte civil dentro del proceso penal para reclamar los perjuicios materiales y morales por la muerte de su hijo Miguel; por tanto, en armonía con lo estatuido por el artículo 25 de la ley 94 de 1938, o Código de Procedimiento Penal, le queda abierto el camino para incoar ante los jueces civiles la correspondiente acción de indemnización de perjuicios.

El artículo 29 de la ley atrás citada, o Código de Procedimiento Penal, es del siguiente tenor:

"Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado".

De manera, pues, que para el Juez Civil, Humberto Vilar es responsable de un delito culposo.

Esta probado que Vilar y Miguel Durán estaban al servicio de la Nación como soldados de la República y que el accidente, o sea la herida que causó la muerte de Miguel, se produjo cuando ambos, Vilar y el occiso, se hallaban desempeñando los deberes de su cargo. De tal manera que la Nación queda cobijada por la presunción de culpa a que se refieren los artículos 2349 y 2356 del Código Civil. Pero además, en el caso ocurrenciente está probada la culpa.

Finalmente el mismo señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato presentado ante la Corte, estima que la Nación es responsable de la muerte de Miguel Durán. En lo que no está de acuerdo este funcionario es en el punto referente a los perjuicios ocasionados a la madre con la muerte del hijo, por cuanto él estima que tales perjuicios no han sido demostrados en el informativo.

Se procede a hacer seguidamente un resumen de las razones aducidas a este respecto por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

El Tribunal Superior de Bogotá en el fallo apelado, para hacer la condenación por razón de los perjuicios materiales a cargo de la Nación y a favor de Doraliza Durán, se basó en las declaraciones rendidas extrajuicio, ante el Juzgado del Circuito en lo Civil de Salazar, por Crisanto Villamizar, Manuel Guzmán Yáñez y Víctor M. Guerrero, testigos todos estos que coinciden en afir-

mar que Miguel, una vez que terminó sus estudios en el Colegio "Miguel A. Torres" de la población de Salazar, se dedicó a trabajar como oficial de zapatería doble, en donde devengaba un salario diario no menor de tres pesos (\$ 3.00), el cual destinaba en su totalidad para ayudar a sus padres a subvenir las necesidades de su hogar, hasta cuando el día quince de mayo de 1941 fue incorporado en el municipio de Salazar como soldado del Batallón "Baraya". Acerca de lo que se acaba de relacionar observa el señor Procurador Delegado en lo Civil lo siguiente:

"La Procuraduría estima, en primer lugar, que las declaraciones comentadas son insuficientes para demostrar plenamente la ayuda económica. En efecto, los señores Villamizar, Guzmán y Guerrero afirman que Miguel J. Ceballos Durán, una vez que terminó sus estudios en el Colegio "Miguel A. Torres", devengaba como oficial de zapatería la cantidad de \$ 3.00 diarios, suma que destinaba en su totalidad al sustento de sus padres. Los testigos no expresan las razones por las cuales les consta personalmente los hechos que relatan. No señalan la época en la cual Ceballos devengaba el jornal de tres pesos a que se refieren. No les consta que Ceballos contribuyera al sustento de sus padres con una suma determinada y en forma periódica y fija. En suma, no indican en forma satisfactoria, las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la ayuda económica alegada".

En lo tocante a este tema conviene tener en cuenta que todos los testigos estuvieron de acuerdo en que Miguel al terminar sus estudios en el Colegio "Miguel A. Torres" percibía un jornal no menor de tres pesos (\$ 3.00) diarios, es decir precisaron en forma indirecta la época en que Miguel se dedicó a la zapatería y contribuyó al sostenimiento de sus padres; por otra parte, consta de autos, como ya se vio, que en el año de 1939 cursaba estudios en el Colegio "Miguel A. Torres" de Salazar, y que en mayo de 1941 se dedicó a la labor mencionada; en todo caso los testigos están acordados en que al terminar sus estudios Miguel se dedicó a la zapatería y continuó en dicha ocupación, ayudando económicamente a Miguel J. Ceballos y a Doraliza Durán, hasta cuando fue llamado al servicio militar.

Por ahora no es indispensable que en el proceso se haya establecido de manera inequívoca y precisa el número de meses en que el occiso trabajó en zapatería y la porción de sus emolumentos que dedicaba al sostenimiento de la madre; basta acreditar, como en el presente juicio se ha hecho, que

Miguel devengaba un salario y destinaba parte de él al sostenimiento de la madre. En el incidente de liquidación de perjuicios, durante el término probatorio, deberán ser demostradas todas las demás circunstancias que puedan tener alguna influencia para precisar la cuantía que haya de ser reconocida a favor de la madre demandante y a cargo de la Nación.

Otro de los reparos que el señor Procurador Delegado en lo Civil hace a la sentencia recurrida es en síntesis, el siguiente: El apoyo económico que Miguel pudiera prestar a la madre, y a que se refieren las declaraciones aludidas, comprende una época anterior a aquella en que fue llamado a filas, y de consiguiente no se refieren a la suma que Ceballos o Durán recibía cuando se produjo el accidente que le ocasionó la muerte.

Luégo el señor Procurador concluye este tema así:

"No debe perderse de vista que el perjuicio que se reclama no puede ser otro que el causado real y efectivamente a la demandante con la muerte de su hijo. Y ese perjuicio real y verdadero, no es otro, en el aspecto material, que la falta de ayuda económica que él le estuviera prestando a tiempo de morir.

"En un caso similar expuso este Despacho:

"Uno de los requisitos del perjuicio es que sea cierto y no eventual. El perjuicio cierto (único que da derecho a una reparación) puede ser actual o futuro. El daño causado en un bien de nuestro patrimonio, del cual no obteníamos rendimiento alguno, es un perjuicio actual. Es un perjuicio futuro aquel que, lesionando un derecho actualmente existente, se prolonga en el tiempo, como cuando se deja de percibir una suma de dinero que ingresaba a nuestro patrimonio en forma periódica. Pero todo perjuicio futuro tiene que tener una base en la realidad existente a tiempo de causarse el daño. Por eso, podría decirse que el perjuicio futuro es el mismo perjuicio actual que se proyecta sobre el porvenir".

El perjuicio ha de ser real y evidente, es decir que sea cierto y no eventual, en fin que éste exista al tiempo de causarse el daño; pero asimismo es evidente que esta última condición, que subraya la Corte, no puede tomarse siempre en sentido estricto ya que es menester tener en cuenta en cada caso ciertas circunstancias.

Seguidamente habrá de verse cómo el caso en estudio presenta especiales caracteres que no permiten dar una aplicación estricta a la condición ya anotada. Miguel Durán dejó en mayo de 1941

sus ocupaciones de zapatería que le reportaban un salario diario de tres pesos (\$ 3.00), porque como ciudadano colombiano tenía el deber y obligación imperiosa para con el Estado de prestar por un año el servicio militar, servicio que en Colombia es obligatorio para los que han llegado a los veintiún años de edad; antes de completar Miguel su año de servicio muere a consecuencia de dicho servicio y de su muerte es responsable la Nación. El servicio militar así entendido no es una profesión lucrativa para quien lo presta, porque la remuneración que reciben los soldados es tan exigua que en realidad no puede considerarse como retribución por el servicio, sino más bien como una pequeña ayuda para los gastos menudos.

Es lógico que Miguel Durán al entrar al ejército no pudo seguir ayudando a su madre como aseveran los testigos que lo hacía antes. De tal manera que la causa de la disminución en sus entradas pecuniarias y de la supresión de la ayuda a la madre fue únicamente la prestación del servicio. No puede tenerse en cuenta para calcular los perjuicios derivados a la madre con la muerte de Miguel lo que éste ganaba al momento de morir; el tiempo en que éste prestaba su servicio militar hay que considerarlo, en vista de las circunstancias anotadas, como un paréntesis en su actividad económica; por esto para estimar los perjuicios ha de entenderse que sus entradas al tiempo de morir eran las que tenía antes de su ingreso al servicio militar. Esta es una solución equitativa y justa; lo contrario, a más de injusto sería aberrante.

El señor Procurador Delegado en lo Civil para impugnar el fallo apelado alega, además, la siguiente razón:

“Por otra parte, la Procuraduría quiere hacer referencia a otro aspecto del problema relacionado con las declaraciones rendidas por los señores Villamizar, Guzmán y Guerrero. Se trata de declaraciones recibidas extrajuicio, rendidas ante el Juzgado del Circuito de Salazar, declaraciones que, en concepto de este Despacho, carecen de mérito probatorio porque no fueron ratificadas legalmente por los deponentes.

“En efecto, aparecen en los autos unas diligencias practicadas por el Juzgado Civil del Circuito de Salazar —por comisión del H. Tribunal— en las cuales consta que comparecieron los señores anteriormente citados con el fin de ratificar su declaración anteriormente rendida ante el mismo Despacho. Aparece en esas diligencias que el señor Juez “le recibió juramento —al declarante— y lo

interrogó para que dijera si se afirma y ratifica en la referida declaración.

“Estima la Procuraduría que la declaración rendida extrajuicio, para casos como el de estudio, carece de mérito probatorio si en su ratificación no se han llenado los mismos requisitos exigidos para la declaración original. Esto es, que en la ratificación debe darse cumplimiento a las formalidades legales establecidas para toda declaración, incluyendo en ella íntegramente el interrogatorio, formulado por el Juez, y el texto completo de la exposición hecha extrajuicio. Porque la ratificación no es otra cosa que la reproducción del testimonio antes emitido. Pero en las ratificaciones mencionadas, los declarantes se limitaron a oír sus declaraciones, que fueron leídas, según se dice, por el Secretario del Juzgado, y a expresar que se ratificaban en ellas”.

El Código Judicial vigente en su artículo 693 establece lo siguiente:

“Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba”.

Esta es la única disposición que hay acerca de los requisitos que es menester cumplir para aducir como prueba declaraciones que han sido rendidas extrajuicio. La ley exige que la ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio brindándole así a la contraparte la facultad de pedir la no admisión de determinada prueba, y en tratándose de la prueba testimonial le otorga, además, el derecho de contrainterrogar a los testigos. Son estas, pues, las razones que el legislador tuvo indudablemente, en cuenta para establecer que la ratificación de los testimonios rendidos extrajuicio ha de ser solicitada y practicada durante el término probatorio.

El Código Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma como deba recibirse la ratificación de los testimonios. No puede, a juicio de la Corte, admitirse la tesis sostenida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además, llenar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; basta que el testigo, después de que le haya sido leída su declaración, diga que

ratifica, que está de acuerdo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, por el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajudicial, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia.

No se puede sostener la tesis contraria a la que se acaba de exponer, porque, como ya se vio, la ley no lo exige y las formalidades o requisitos no pueden extenderse a otros casos; además, ocurriría que en esa forma no habría diferencia alguna entre el testimonio original y la declaración extrajudicial, de consiguiente, esta última carecería de objeto en la práctica. De ahí que al emplear el legislador el vocablo "ratificación" en el texto ya reproducido, está significando con ello que ésta consiste en prestar nuevamente el consentimiento a la declaración anterior, consentimiento que no está sujeto a determinada formalidad; lo esencial es consentir la declaración extrajudicial, ello a más de los requisitos ya vistos.

En el caso presente se llenan los requisitos legales a que antes se aludió, por haberse dejado constancia de la lectura de la declaración primitiva, hecha por el Secretario al testigo que se ratificaba. Sin embargo, para disipar dudas y para prevenirse contra posibles omisiones de los funcionarios, es aconsejable insertar el texto íntegro de la declaración primitiva en la diligencia de ratificación.

Por estas razones es obvio que en lo tocante a los perjuicios materiales la sentencia impugnada ha de ser confirmada.

Para establecer la cuantía de estos perjuicios habrá de seguirse el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial y para ello habrán de tenerse en cuenta la vida probable de Doraliza Durán y la ayuda económica que durante ese tiempo le hubiese prestado el hijo desaparecido, esto partiendo del jornal diario devengado por

éste cuando entró al servicio del ejército, previa la deducción de la parte que de él destinaba a sus gastos personales, jornal que es de suponerse volvería a percibir tan pronto hubiera completado el año de servicio militar. Para esta liquidación se aplicarán las Tablas de Garuffa.

Resta examinar lo concerniente a perjuicios morales. Ellos en calidad de perjuicios subjetivos han de fijarse en consonancia con lo estatuido en el artículo 95 del Código Penal. Se admitirá en el presente fallo el máximo de dos mil pesos (\$ 2.000.00) fijado en tal precepto legal, por cuanto la pena sufrida con la muerte de un hijo y de parte de su madre natural, puede estimarse que corresponde al máximo de intensidad, y sin que haya en el presente caso concreto razón de suyo suficientemente capaz de determinar una reducción del máximo indicado.

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 apelada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en el juicio ordinario iniciado por Miguel de J. Ceballos y Doraliza Durán contra la Nación.

Para la liquidación de los perjuicios materiales se tendrán en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de este fallo.

!

No hay lugar a condenación en costas.

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

Eleuterio Serma R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## NULIDAD DEL JUICIO Y NULIDAD DE LAS SENTENCIAS. — SUSPENSION DE TERMINOS

1.—Respecto de la distinción hecha por el Tribunal entre nulidad de la actuación y nulidad de la sentencia, la Corte comparte generalmente lo dicho por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de que dicha distinción no encuentra por una parte fundamento alguno en la ley, y, por otra parte, de aceptarse, se pecaría contra la lógica jurídica.

2.—Del texto de los artículos 456 y 457 del C. J. no puede deducirse, en sentir de la Corte, cosa distinta de la de que el segundo de dichos artículos es, por decirlo así, complemento del primero. Este, en efecto, sería inoperante para remediar el vicio ocasionado por la indebida representación en el debate; por la falta completa de notificación o emplazamiento, o por su notificación o emplazamiento hechos en forma ilegal, toda vez que si esa persona estuvo ausente del debate, o no pudo participar en él, en debida forma, tampoco pudo ejercer dentro de la oportunidad señalada por el artículo 456, esto es, antes de que se pronuncie sentencia, su derecho de defensa consistente en pedir la anulación de la actuación, con el fin de que lo decidido en ésta no la perjudique sin antes habersele dado oportunidad de hacer valer sus derechos, de salvaguardar sus intereses. Pero del texto del artículo 457 no se concluye en modo alguno que lo que puede pedirse por la vía ordinaria, una vez que ha pasado la oportunidad señalada en el artículo 456, por quien no fue legalmente notificado o emplazado, o no estuvo debidamente representado en el juicio, es tan sólo la declaratoria de nulidad, como piezas aisladas, de la sentencia o sentencias proferidas en el proceso, y no la del mismo. El propio tenor literal del precepto lleva precisamente a esta última conclusión, porque expresa textualmente el legislador: "puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste", refiriéndose al juicio del cual habla poco antes, mientras en parte alguna menciona la sentencia.

Menos todavía puede servir para sus-

tentar la tesis contraria el texto del artículo 478 también invocado por el Tribunal, cuyo tenor es el siguiente: "El fallo dictado en favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus acreedores personales; pero éstos gozan de un plazo de cuatro años para pedir en juicio ordinario, que dicho fallo se revise, si alegan que hubo colusión en el pleito", porque es bien claro que una cosa es la nulidad de un acto y otra muy distinta es el recurso de revisión, y son también distintos los motivos que la ley procesal señala como causales de nulidad de la actuación, y aquéllos por los cuales puede pedirse y obtenerse la revisión de una sentencia ejecutoriada. Además, el texto transcrito es suficientemente claro en el sentido de que esa solicitud de revisión sólo puede ser hecha por los acreedores personales de quien ha sido parte en el juicio en el cual se profriró la sentencia cuya revisión se pide, de donde se concluye que nunca puede ser pedida por la misma persona que fue parte en el juicio, y también lo es en el de que esa misma solicitud sólo puede hacerse por haber habido colusión en el pleito, caso éste muy distinto del de la indebida representación de uno de los interesados en el juicio.

3.—No es cierto que sean diferentes las causales que originan la nulidad de la actuación de las que originan la nulidad de las sentencias. El artículo 457 del C. J. no consagró propiamente causal alguna de nulidad, pues el hecho o hechos allí previstos como condición SINE QUA NON para que se demande por la vía ordinaria, después de concluido un juicio, la declaratoria de nulidad del mismo, no constituyen propiamente nuevas causales de nulidad, sino que vienen a confundirse con la de ilegitimidad de personería y con la de falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de que trata o que enuncia el artículo 448 del C. J. en sus numerales 2º y 3º.

No es posible, además, demandar en juicio ordinario posterior tan sólo la nulidad de

la sentencia o sentencias, sin demandar también la de la actuación que precedió a su pronunciamiento.

4.—La suspensión de los términos por expiración de la representación legal, que establece el numeral 4º del artículo 370 del C. J. y las consiguientes suspensiones de la jurisdicción al tenor del numeral 3º del artículo 147 ib., no son indefinidas, sino que duran tan sólo hasta tanto que el hecho que ha dado origen a la expiración de la representación se haga saber, o lo que es igual, sea conocido por quien pueda seguir en ella, como claramente lo preceptúa el citado artículo 370, numeral 4º.

5.—Una sentencia es inexistente, y, por tanto, sin valor alguno como pieza aislada del proceso, si no está, por ejemplo, firmada por el Juez o autorizada por el Secretario. En ese evento como en otros semejantes en que se releva un vicio propio del fallo, se releva un asunto de naturaleza especial, que sería preciso resolver, no aplicando con todo rigorismo el artículo 457 del C. J., sino abriendo el compás en una forma tal que no se sacrifique el derecho a las fórmulas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, el doctor Horacio Valencia Arango, obrando en su propio nombre; en representación de sus hijos menores Alvaro y Jorge Valencia Torres, y en ejercicio del poder que le confirió su esposa, la señora Sofía Torres de Valencia, demandó a la Nación para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se la condenara a pagar a los demandantes los perjuicios civiles ocasionados por culpa de agentes suyos con el accidente de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938, en el campo de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, Departamento de Cundinamarca.

Estando en curso el juicio, el día 4 de enero de 1940, falleció el doctor Horacio Valencia Arango.

Cinco meses y algunos días más tarde, la expresada señora Sofía Torres de Valencia, otorgó el 12 de junio del mismo año, poder al doctor Ricardo Gutiérrez Mejía para que llevara su representación en el adelantamiento del mencionado juicio.

En este poder la señora viuda de Valencia no hizo mención alguna de la representación de sus hijos menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, quienes, pues, quedaron sin representante dentro del proceso.

A pesar de esto, el Tribunal siguió dando curso a la actuación hasta poner término a la primera instancia por medio de sentencia de 23 de septiembre de 1941, la que fue confirmada con alguna modificación por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 20 de noviembre de 1943.

Estos son en resumen, los hechos expuestos por el doctor Pedro Gutiérrez Mejía como fundamento de su demanda ordinaria presentada ante el dicho Tribunal Superior de Bogotá, el 21 de septiembre de 1944, contra la Nación, en ejercicio de poder conferido por la señora Sofía Torres de Valencia, a nombre y en representación de sus hijos menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, "para que, con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, en la sentencia que ponga término al juicio, se hagan las siguientes declaraciones: .

"1ª.—Que son nulas y sin ningún valor legal, en cuanto a mis representados los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres se refieren, las sentencias proferidas por ese mismo Tribunal y por la H. Corte Suprema de Justicia, de fechas veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941) y veinte (20) de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), respectivamente, en el juicio ordinario seguido contra la Nación por el doctor Horacio Valencia Arango y otros, a causa del accidente aéreo ocurrido en el campo militar de Santa Ana, de esta jurisdicción, el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho.

"2ª.—Que en virtud de la nulidad declarada a que se refiere el punto anterior, la que deja libre el campo a un pronunciamiento que no pudo jurídicamente hacerse en el primer juicio, se declare en el presente: a) Que la Nación colombiana es responsable, por culpa de sus agentes, del siniestro aéreo ocurrido el veinticuatro (24) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938) en el campo militar de Santa Ana, jurisdicción del Municipio de Usaquén, Departamento de Cundinamarca. b) Que en virtud de tal responsabilidad, la Nación colombiana debe indemnizar a mis representados, los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, al ejecutoriarse la sentencia que se pronuncie en este juicio, de todos los perjuicios mate-

ales y morales de todo orden que sufrieron por causa del accidente citado de que es responsable la Nación y del cual ellos fueron víctimas. El monto de la indemnización se fijará por medio de valúo pericial o en cualquiera otra forma legal.

“3º—Si resuelta favorablemente la primera petición, no estimare, con todo, el Tribunal ser el caso de despachar favorablemente la segunda petición, solicito que en ese evento se hagan las declaraciones siguientes: a) Que se declare que los términos judiciales quedaron suspendidos legalmente en el referido juicio, en lo tocante a los menores citados Jorge y Alvaro Valencia Torres, desde el día cuatro (4) de enero de mil novecientos cuarenta (1940), fecha ésta en que falleció el doctor Horacio Valencia Arango, quien en ejercicio de la patria potestad, venía representando a sus dichos menores hijos en el juicio en referencia. b) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene reponer el citado juicio, en cuanto a dichos menores se refiere, al estado en que se hallaba el día cuatro (4) de enero de mil novecientos cuarenta, fecha del fallecimiento del mencionado doctor Horacio Valencia Arango, quien desde tal fecha cesó legalmente de representar a sus menores hijos citados, y que el juicio debe seguir tramitándose, de allí en adelante en la forma y términos como fue pedido por el finado actor Horacio Valencia Arango en su libelo de demanda de fecha veinticinco de enero de mil novecientos treinta y nueve (1939) (fls. 62 a 64 del juicio, cuaderno principal)”.

#### La sentencia del Tribunal

De la demanda se dio traslado al señor Fiscal de dicha corporación quien la contestó negando los hechos, el derecho, causa o razón de la demanda y oponiendo las excepciones de prescripción, carencia de acción y demás hechos en virtud de los cuales “las leyes desconozcan la existencia de la obligación que se alega”, y el Tribunal puso término a la primera instancia por medio de sentencia que lleva fecha 6 de noviembre de 1947, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“1º—Las excepciones alegadas por el señor Fiscal no enervan la acción de nulidad. En consecuencia, a este respecto, decláranse no probadas.

“2º—Decláranse nulas, ineficaces, y por tanto sin valor legal en cuanto hacen y dicen relación a los demandantes en este juicio, señores Alvaro Valencia Torres y Jorge Valencia Torres, las sentencias proferidas por la Sala Civil de este Tribu-

nal y por la H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— de fechas veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno y veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, respectivamente, proveídos éstos que pusieron fin a las instancias surtidas en el juicio ordinario a que dio lugar la demanda intentada por el doctor Horacio Valencia Arango en su propio nombre, como representante legal de sus menores hijos los citados Jorge y Alvaro Valencia Torres, y como apoderado especial de su señora esposa doña Sofía Torres de Valencia Arango, y por la cual se demandó a la Nación para que se la declarara civilmente responsable del accidente de Santa Ana y se la condenara al pago de los perjuicios sufridos por aquellos demandantes en tal accidente;

“3º—Declárase probada la excepción perentoria temporal de ‘petición antes de tiempo’ en lo relacionado con las demás acciones de que habla el libelo de la demanda base del presente juicio; y

“4º—No es el caso de hacer condenación en costas”.

Para llegar a estas conclusiones razona así el a quo:

“Sencillo en su contenido —dice— es el objeto de esta controversia y claras la pretensiones de la parte actora: el señor apoderado de los menores demandantes en atención a que el juicio de las sentencias acusadas siguió su curso pese al fallecimiento de su representante legal y sin que persona alguna hubiera tomado su representación, considera, y así lo demanda, que las sentencias proferidas en esas condiciones adolecen de nulidad en cuanto a los menores se refieren, por la simple razón de que los funcionarios de las dos instancias las dictaron estando o teniendo suspendida la jurisdicción para adelantar la actuación, y cita el señor apoderado entre otras disposiciones el numeral 3º del artículo 147 del C. J. y el 4º del artículo 370, y el artículo 456 ídem.

“En materia de nulidades procesales el criterio del legislador ha sido restrictivo pues sólo ha exigido como tales las provenientes de irregularidades que conlleven el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la negación del derecho de defensa; y ha entendido la jurisprudencia que vicios de otro origen, subsanables dentro del mismo juicio no pueden oponerse contra el imperio y firmeza de los fallos que es base principalísima de la estabilidad social.

“Precisado lo anterior, resulta incuestionable que quien **no fue llamado** a la controversia de un juicio

en donde se dictó sentencia o quien ya en curso la actuación por cualquier causa dejó de tener apoderado que lo asistiera, no pudo tener entonces oportunidad de ser oído ni menos pudo ser atendida la totalidad de su defensa. Para estos dos casos y sólo en éstos, el legislador, precisamente en guarda del derecho de defensa —directa consecuencia del principio constitucional de que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'— ha establecido el principio de la disposición contenida en el artículo 457 del C. J. que dice: "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia".

"También, consecuencia de todo lo anterior es que el derecho de la parte actora para incoar las acciones del proceso, tiene seguro fundamento en la disposición sustantiva inserta en el Código de Procedimiento y que se acaba de copiar".

Transcribe en seguida el Tribunal los textos de los numerales 3º del artículo 147 y del artículo 370 del C. J. y el 457 ibídem, como disposiciones legales reguladoras de la litis, y luego de hacer algunas consideraciones acerca de las diferencias existentes entre la nulidad del juicio y la nulidad de las sentencias, la primera de las cuales sólo puede alegarse y ventilarse dentro de la misma actuación, antes de que sea dictada sentencia de segunda instancia, y cuyas causales consagra el artículo 457 del C. J., mientras la segunda da origen a la acción de nulidad de las sentencias, y sus causales las enumera el artículo 478 ibídem, prosigue así el **a quo**:

"Ahora bien, volviendo a las peticiones de la demanda y vistos los elementos probatorios aducidos encuentra la Sala sentenciadora establecido lo siguiente:

"1º—El doctor Horacio Valencia Arango y su señora esposa, cada uno en su propio nombre, y el doctor Valencia también en representación de sus menores hijos Jorge y Alvaro Valencia presentaron el 26 de enero de 1939 la demanda base de las sentencias de que se ha venido hablando (fl. 49, cuaderno 3).

"2º—El doctor Valencia Arango asumió la personería de su esposa a virtud del poder que le fue conferido por ésta y a términos del auto pro-

ferido al respecto de fecha 28 de enero del mismo año de 1939 (fl. 49, cuaderno 3).

"3º—El doctor Valencia Arango sin haber sustituido los poderes anteriores ni confiado su personería a otra persona, falleció el 4 de enero de 1940 (fl. 32, cuaderno 1).

"4º—En el juicio mortuorio del doctor Valencia fue reconocido como heredero, entre otros, su hijo Roberto Valencia Torres (fl. 82, cuaderno 3).

"5º—La demandante señora Sofia Torres de Valencia en vista del fallecimiento de su esposo apoderado, hablando en su propio nombre, confirió su personería al doctor Ricardo Gutiérrez Mejía (fl. 82, cuaderno 3).

"6º—El señor Roberto Valencia Torres como representante de la sucesión de su padre doctor Valencia Arango, y hablando para la sucesión, dio al mismo doctor Gutiérrez Mejía poder para que representara el interés de la expresada sucesión (fl. 82 v., cuaderno 3).

"7º—A los menores Alvaro y Jorge Valencia Torres quienes quedaron sin representación por el fallecimiento de su padre, no se les proveyó de curador que los representara en el resto del juicio y así, sin observación alguna, siguió en el Tribunal el trámite de la primera instancia y luego en la Corte Suprema de Justicia del propio segundo grado del proceso. (Véase la actuación de los distintos cuadernos del proceso).

"Resulta de lo anterior —prosigue el Tribunal— que, evidentemente, los funcionarios sentenciadores dictaron las sentencias sin que nadie estuviera oyendo a los menores, sin que apoderado alguno estuviera protegiendo sus intereses, vale decir, tanto el Tribunal como la Corte calificaron el interés de cada uno de los menores estando éstos legalmente ausentes del juicio, sin que nadie les asistiera su defensa, sin oírlos, para poder vencerlos en el litigio.

"Y en casos como éste, cuando una de las partes queda sin representación en el juicio y así lo sabe el Juez, por imperativo legal surge para él el deber de suspender la actuación hasta tanto se provea a la representación desaparecida. Y como así no se hizo, ocurre que los Magistrados del Tribunal y luego los de la Corte actuaron, por lo menos en cuanto hace a las acciones acumuladas de los menores, estándoles por ministerio de la ley legalmente suspendida la jurisdicción. No pudiendo entonces seguir adelante la actuación".

Y de lo dicho deduce el Tribunal que "como lo que se actúa o provee sin jurisdicción o estando ésta suspendida es nulo" y, también, que como

dentro de la actuación mencionada se proferieron las dos sentencias cuya nulidad se demanda, dichas sentencias son en realidad nulas, y la acción debe en consecuencia, prosperar.

#### Alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil

Contra la sentencia mencionada, interpusieron recurso de apelación, en la debida oportunidad y en forma legal ambas partes, viniendo así los autos a conocimiento de la Corte, donde, agotada como se encuentra la tramitación legal previa correspondiente a la segunda instancia, y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación y que deba declararse de oficio, la Sala de Negocios Generales profiere sentencia de segundo grado.

Durante esta instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil presentó un extenso alegato en el cual refuta la argumentación citada del a quo, para concluir pidiendo la revocatoria de la sentencia del Tribunal.

Dice ante todo este alto Agente del Ministerio Público:

“Al tenor del ordinal 3º del artículo 147 del Código Judicial, la jurisdicción se suspende por haber suspensión del asunto en los casos de la ley. De acuerdo con los ordinales 2º y 4º del artículo 370 de la misma obra, hay suspensión de términos y por lo mismo, suspensión del asunto, cuando muere alguno de los litigantes hasta que se haga saber a quien deba representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio y cuando expira la representación legal hasta que el hecho se haga saber a quien puede seguir en ella”.

Y con base en lo anterior, concluye que en el caso de autos esa suspensión tuvo lugar, cuando mucho, desde el día 4 de enero, de 1940, fecha en que murió el doctor Valencia Arango, hasta el día 13 de junio del mismo año, en que consta que el señor Roberto Valencia Torres nombró apoderado en nombre propio y en el de la herencia del citado doctor Valencia Arango, y la señora Sofía Torres v. de Valencia lo hizo también en nombre propio, pues al conferir ésta dicho poder, es decir, al actuar nuevamente dentro del juicio, sabía que su esposo doctor Valencia Arango había muerto, y que se había radicado por tanto en ella la representación legal de sus hijos menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, por mandato expreso y categórico de la ley, sin que valga decir en contra que como la expresada señora no otorgó poder en nombre de sus hijos ni pidió que se les nombrara

un curador, éstos carecieron en adelante en el juicio de un representante, pues en parte alguna exige la ley que esto se realice, sino que conforme a ella basta que la persona que debe seguir en la representación sepa que el hecho respectivo se ha sucedido, para que la suspensión termine.

“Las consecuencias perjudiciales que el representado sufra, —agrega textualmente— comprometerán la responsabilidad del representante descuidado, pero en ningún caso servirán de fundamento para afirmar rectamente que el juicio continúe suspendido indefinidamente, ni menos que siga respecto de unos litigantes y se suspenda respecto de otros. Nótese que la ley habla de suspensiones, de las diversas acciones que puedan estar se ventilando”.

Rechaza, además, como contraria a la ley y a la lógica jurídica la distinción del Tribunal entre nulidad del juicio y nulidad de la sentencia, pues, dice, que para pedir la declaración de ésta, es preciso pedir la de toda o parte de la actuación que la precedió, según los casos, es decir, según que uno de los litigantes nunca estuvo bien representado en él, o que durante el juicio expiró esa representación y no se llenaron luego los requisitos establecidos en el artículo 370 del C. J.

Afirma el señor Procurador Delegado que el artículo 457 del dicho Código, disposición ésta mencionada por el Tribunal en apoyo de su distinción, “establece un remedio sucedáneo al de la anulación del juicio, cuando ésta no pudo pedirse antes de dictarse la sentencia”, y que a la misma conclusión lleva el artículo 478 ibidem, también citado por el Tribunal, “ya que contempla como caso excepcional, no la anulación de la sentencia, sino su revisión, y no por solicitud de las partes, sino por pedimento de sus acreedores personales; y no por mala representación sino porque haya habido colusión en el pleito”.

Insiste luego el mismo señor Procurador sobre que a los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres no había que designarles curador a la muerte de su padre para que llevara su representación en el juicio, “porque —dice— la patria potestad pasaba a la madre, señora Sofía T. de Valencia, y a ella correspondía asumir su representación legal. Además, no se trata de un juicio universal ni el interés de la madre era opuesto al de los hijos. Al contrario, el interés de todos era igual, pues no de otra manera se explica que la correspondiente acción se estuviera tramitando bajo una misma cuerda, con comunidad de pruebas y de representante”.

Y luégo de rechazar nuevamente la afirmación del Tribunal de que las sentencias "calificaron el interés de cada uno de los menores estando éstos legalmente ausentes del juicio, sin que nadie les asistiera su defensa...", continúa textualmente el señor Agente del Ministerio Público ante la Corte:

"Legalmente, y según se dijo atrás, los menores no estuvieron ausentes del juicio, por lo menos a partir del 13 de junio de 1940, porque hay prueba perfecta de que en esa fecha quien debía seguir en la representación legal de los menores, supo que la anterior representación legal había expirado por la muerte del padre. Jurídicamente eso bastaba para que dichos menores no se consideraran ausentes del juicio, pues el nuevo representante legal sabía que, por ministerio de la ley, le correspondía reemplazar al anterior.

"Es éste un caso semejante al que se presentaría cuando el demandado en un juicio recibe la notificación personal del primer auto y no actúa ni nombra apoderado: el juicio sigue su curso, sin que pueda después alegar válidamente que por no haber designado apoderado estuvo ausente del juicio. Así en el caso de autos: la señora madre de los menores Jorge y Alvaro tuvo conocimiento de la muerte de su esposo, representante legal de éstos; por mandato de la ley, a ella le correspondía asumir esa representación, actuando personalmente o nombrando apoderado; si no lo hizo, no puede ahora alegarse que los menores estuvieron legalmente ausentes del juicio".

#### Consideraciones de la Sala

Dos problemas, principalmente, se han planteado en este juicio: el de si conforme a nuestra ley procesal civil vigente existe o no diferencia entre nulidad de la actuación y nulidad de la sentencia, y si, consecuentemente, puede demandarse la última sin demandar la primera, y también el de si la falta del ejercicio de la representación legal de sus hijos menores de edad por parte de la señora viuda de Valencia en el caso de autos, constituye realmente la causal de nulidad consistente en la indebida representación de los mismos dentro del juicio por ellos adelantado contra la Nación y la nulidad de las sentencias que se profirieron en el mismo y que se demanda en el presente juicio.

Será, sin embargo, oportuno analizar antes lo relacionado con la personería de las partes dentro del último de los procesos mencionados, a fin de evitar posibles ulteriores disputas, toda vez que

en el caso *sub examine* se está también frente a una acción intentada por la madre a nombre y en representación de dos hijos menores de edad.

A juicio de la Corte, ningún reparo ofrece la legitimidad de la personería del doctor Pedro Gutiérrez Mejía para obrar en representación o como apoderado de los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, pues en autos obra el poder que al efecto le confirió la señora Sofía Torres viuda de Valencia, quien dijo hacerlo en ejercicio de la patria potestad que tenía sobre los mismos menores, en su condición de madre legítima de los mismos, poder que fue otorgado con fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, según constancia secretarial (fls. 33 y v., c. 1).

Obran además las partidas de bautismo de los mencionados Alvaro y Jorge Valencia Torres, expedidas en copia por los señores curas párrocos de las parroquias de las Nieves y de San Pedro de Bogotá, con las cuales queda acreditado tanto su condición de hijos respecto de la dicha señora Sofía Torres de Valencia, como su minoridad en la fecha en que fue otorgado el poder a que se ha hecho referencia, pues Alvaro nació el diez y nueve de mayo de mil novecientos veintiseis y Jorge el veintisiete de septiembre de mil novecientos veintitrés (fls. 30 y 31, c. No. 1).

Igualmente obran las partidas de matrimonio de la señora Sofía Torres con el doctor Horacio Valencia Arango, contraído en la iglesia parroquial de Nuestra Señora de las Nieves el día treinta y uno de mayo de mil novecientos diez y nueve, lo cual comprueba la condición de madre legítima por parte de la dicha señora respecto de los mencionados menores, y la de defunción del doctor Horacio Valencia Arango, compulsada por el notario 4º de Bogotá, defunción ocurrida, según allí mismo se dice, el día 4 de enero de mil novecientos cuarenta (fls. 32, c. 1), hecho éste que comprueba el de haber quedado radicada la patria potestad sobre los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres en la madre de los mismos, señora Sofía Torres de Valencia, conforme al precepto del artículo 13 de la ley 45 de 1936 y demás disposiciones legales pertinentes, y, consiguientemente, su condición de representante legal de éstos en la fecha de otorgación del poder, y su derecho para conferirlo.

Tampoco encuentra reparo la personería del doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, quien ha venido actuando como representante de los demandantes en esta segunda instancia, pues a fls. 65 del cuaderno número 1 se lee el poder que le fue conferido para el efecto con fecha diez de diciembre de

novcientos cuarenta y siete por los tantas mencionados Jorge y Alvaro Valencia Torres, los dos ya mayores de edad en esa fecha, e igualmente la de la Nación demandada, que en ambas instancias ha comparecido representada por sus últimos representantes, el señor Fiscal del Tribunal y el señor Procurador Delegado en lo Civil, respectivamente, en la primera y en la segunda instancia.

Respecto de la distinción hecha por el Tribunal entre nulidad de la actuación y nulidad de la sentencia, la Corte comparte generalmente lo dicho por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de que dicha distinción no encuentra por una parte fundamento alguno en la ley, y, por otra parte, aceptarse, se pecaría contra la lógica jurídica.

En efecto, el artículo 456 del C. J. preceptúa que en partes en un juicio sólo pueden pedir la declaratoria de nulidad de todo o parte del mismo cuando se hubiere incurrido en alguna de las causales de nulidad establecidas en ese capítulo del dicho Código al adelantar el proceso, y que esta petición no pueden formularla antes de que se dicte sentencia, salvo el caso de que la causal alegada ya haya sido aducida con anterioridad como excepción dilatoria.

Y el 457 ibídem, que es una de las disposiciones que el *a quo* pretende apoyar su distinción reza: "obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trata de ejecutar sentencia".

Ahora bien: del texto de estos dos artículos no puede deducirse, en sentir de la Sala, cosa distinta de la de que el segundo de dichos artículos es, en realidad, complemento del primero. Este, en efecto, sería inoperante para remediar el vicio ocasionado por la indebida representación en el debate; por la falta completa de notificación o emplazamiento, o por su notificación o emplazamiento hechos en forma ilegal, toda vez que si la persona estuvo ausente del debate, o no pudo participar en él, en debida forma, tampoco pudo ejercer dentro de la oportunidad señalada por el artículo 456, esto es, antes de que se pronuncie sentencia, su derecho de defensa consistente en pedir la anulación de la actuación, con el fin de que lo decidido en ésta no la perjudique sin antes habersele dado oportunidad de hacer valer sus derechos, de salvaguardar sus intereses.

Pero de ahí (del artículo 457) no se concluye en modo alguno que lo que puede pedirse por la vía ordinaria, una vez que ha pasado la oportunidad señalada en el artículo 456, por quien no fue legalmente notificado o emplazado, o no estuvo debidamente representado en el juicio, es tan sólo la declaratoria de nulidad, como, piezas aisladas, de la sentencia o sentencias proferidas en el proceso, y no la del mismo.

El mismo tenor literal del precepto lleva precisamente a esta última conclusión, porque expresa textualmente el legislador: "puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste", refiriéndose al juicio del cual habla poco antes, mientras en parte alguna menciona la sentencia.

Pero, a más de lo anterior, existen otras razones que llevan a idéntica conclusión. No se comprende, en verdad, como lo anota también el Ministerio Público, cómo podría sostenerse la nulidad de una sentencia proferida dentro de un juicio, cuya validez se presumiría, toda vez que no se permitiría, en sentir del Tribunal, invocar su nulidad, y además, qué resultado práctico tendría esa declaratoria de nulidad de la sentencia, ya que debiendo ésta ajustarse en todo a lo alegado y probado dentro de la actuación anterior, si ésta queda en firme, y no tiene por tanto quien demanda la nulidad oportunidad de presentar sus argumentos y aducir sus pruebas, de manera casi fatal deberá la nueva sentencia ser idéntica a la anulada, y el objetivo que no es otro que el de que nadie sea condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, o, lo que es lo mismo, sin el lleno de las formalidades legales, en contra de la clara disposición constitucional, no se obtendría en la práctica.

Y, además, como lo recalca el señor Procurador, peca contra toda lógica el que se declare nula una sentencia que se profiere dentro de un juicio, cuya actuación anterior, como se ha dicho, se presume válida en su totalidad porque no se permite demandar su nulidad, siendo, como es, que esta actuación precedente a la sentencia no es sino la preparación de los elementos que han de servir al juzgador para elaborar el fallo, o éste, según se deja anotado, no es ni puede ser otra cosa que la consecuencia de lo alegado y probado durante la actuación previa.

Menos todavía puede servir para sustentar la tesis de la nulidad de primera instancia el texto del artículo 478 del C. J. allí mismo citado, y que es del tenor siguiente: "El fallo dictado en favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus acreedores personales; pero estos

gozan de un plazo de cuatro años para pedir en juicio ordinario, que dicho fallo se revise, si alegan que hubo colusión en el pleito", pues es bien claro que una cosa es la nulidad de un acto (de una sentencia en el caso de autos) y otra muy distinta es el recurso de revisión, y distintos también son los motivos que la ley procesal señala como causales de nulidad de la actuación, y aquéllos por los cuales puede pedirse y obtenerse la revisión de una sentencia ejecutoriada.

Además, el texto transcrito es lo suficientemente claro en el sentido de que esa revisión sólo puede ser pedida por los acreedores personales de quien ha sido parte en el juicio en el cual se profirió la sentencia, de donde se concluye que nunca puede serlo por la misma persona que fue parte, y, por último, que esa solicitud sólo puede hacerse por haber habido colusión en el pleito, caso éste muy distinto del de la indebida representación de uno de los interesados en el juicio.

La Corte tampoco encuentra ajustada a la ley la otra afirmación del Tribunal de que son "también diferentes las causales que originan la nulidad de la actuación de las que originan la acción de nulidad de las sentencias siendo estas últimas las taxativamente señaladas en los artículos 457 y 478", porque, ante todo, en el artículo 457 no se consagra propiamente causal alguna de nulidad, pues el hecho o hechos allí previstos como condición *sine qua non* para que se demande por la vía ordinaria, después de concluido un juicio, la declaratoria de nulidad de éste, a saber: El no haber sido quien tal demanda presenta, legalmente emplazado o notificado, o no haber estado debidamente representado en dicho juicio, no constituyen propiamente nuevas causales de nulidad, sino vienen a confundirse con la de ilegitimidad de personería y con la de falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de que trata o que enuncia el artículo 448 del C. J. en sus numerales 2º y 3º.

Y no de otro modo podría ser, porque, de lo contrario, si quien no ha sido legalmente notificado o emplazado o no ha estado debidamente representado en un juicio no pudiera antes de que fuese proferida sentencia definitiva alegar como causal para obtener la anulación del dicho juicio esos mismos hechos, se llegaría entonces al absurdo de que, pese a tener el conocimiento de la existencia de la nulidad, el interesado debería presenciar inactivo el adelantamiento de una actuación nula, para demandar luego su anulación, una vez que ella a concluido.

Sentado lo anterior, resulta evidente que la acción ejercida por el doctor Gutiérrez Mejía, y la cual se pidió tan solo la declaratoria de nulidad de las sentencias de primero y segundo grado, no también la del juicio a partir del momento que tuvo ocurrencia el hecho de la muerte del doctor Valencia Arango, hecho que en concepto del actor dejó sin la debida representación del proceso a los menores Jorge y Alvaro Valencia Torres, fue mal ejercitada, y, por tanto, su petición debe ser resuelta de manera negativa.

Sin embargo, considera la Sala que no sobra hacer otras consideraciones que llevan igualmente a la conclusión de que las peticiones de la demanda deben negarse, y, consecuentemente, revocarse la sentencia del Tribunal que accedió a mismas.

Se afirma por la parte actora, en el libelo, y acepta el a quo en el fallo que se revisa, que menores Valencia quedaron legalmente ausentes del juicio a partir del día cuatro de enero de novecientos cuarenta, fecha en que ocurrió el fallecimiento de su padre legítimo, quien en su condición de representante legal de los mismos llevaba su personería, porque su nuevo representante legal, la madre legítima, no realizó acto alguno a nombre y en representación de ellos, ni siquiera después de haber intervenido por sí misma en su propio nombre dentro del juicio, es decir, después de que tuvo sin lugar a duda conocimiento de que la representación de los menores tantas veces mencionados que llevaba el padre había cesado por la muerte de éste.

La Sala rechaza igualmente este aserto de sentencia de primera instancia, y comparte, por el contrario, en un todo la tesis del señor Procurador Delegado, de que la suspensión de los términos por expiración de la representación legal que establece el numeral 4º del artículo 370 del C. J., y las consiguientes suspensiones de la jurisdicción al tenor del numeral 3º del artículo 1º ibídem, no son indefinidas, sino que duran sólo hasta tanto que el hecho que ha dado lugar a la expiración de la representación se haga saber, o, lo que es igual, sea conocido por quien puede seguir en ella, como claramente lo preceptúa el citado artículo 370, numeral 4º.

Ahora bien: aplicando esta doctrina al caso de autos, se tiene, sin que pueda quedar lugar a duda que, como consta en el expediente, lo acepta propio demandante y lo reconoce el Tribunal, señora Sofía v. de Valencia intervino en el juicio con posterioridad a la muerte de su esposo y pad

los menores demandantes Jorge y Alvaro Valencia Torres, toda vez que el trece de junio de novecientos cuarenta confirió poder al doctor Bruno Gutiérrez Mejía, y debió tener por tanto conocimiento de que había fallecido aquél, y que, por consecuencia de esto, había expirado la representación legal de los mismos menores que él ejercía dentro del juicio en uso o ejercicio de la patria potestad que sobre ellos tenía de conformidad con los preceptos legales, y, por último, que debido a ese hecho, dicha representación legal junto con la patria potestad, correspondía en adelante a ella, según lo preciptúan las mismas disposiciones legales.

Ni vale alegar en contra que la señora viuda de Valencia no realizó dentro del juicio acto alguno en ejercicio de esa representación legal, porque en ninguna parte exige la ley que el interesado o su representante obren en uso de sus derechos dentro del proceso para que pueda afirmarse que sí hubo tal representación. Además, como acertadamente lo anota el Ministerio Público, "las consecuencias perjudiciales que el representado sufra comprometerán la responsabilidad del representante descuidado, pero en ningún caso servirán para afirmar el reclamante que el juicio continúe suspendido indefinidamente".

Para concluir será conveniente anotar: un acto procesal que está viciado de nulidad inficiona también los actos procesales subsiguientes.

Una sentencia es inexistente, y, por tanto, sin valor alguno como pieza aislada del proceso, si no está, por ejemplo, firmada por el Juez o autorizada por el Secretario. En ese evento, como en otros semejantes en que se revela un vicio propio del fallo, se relieves un asunto de naturaleza especial, que sería preciso resolver, no aplicando con todo rigorismo el artículo 457 del C. J., sino abriendo el compás en una forma tal que no se sacrifique el derecho a las fórmulas.

Este artículo da acción en juicio ordinario aparte

a quienes no han sido citados o emplazados o a la parte cuya representación en el juicio ha sido indebidamente llevada por otra persona.

Pues bien: no es éste el caso de autos porque los menores Valencia estuvieron debidamente representados por su padre hasta la muerte de éste, y, ocurrida ésta, y expirada por consiguiente esa representación, por su madre legítima, quien la asumió por ministerio de la ley.

Pero hay más: no podría alegarse la nulidad de la sentencia, como un acto aislado, cuando esta nulidad proviene de actos procesales anteriores. En tales condiciones la nulidad de la sentencia sería la consecuencia de las irregularidades sustanciales del juicio, conforme ya se ha expresado.

Todo lo que hasta aquí se ha expuesto, lleva en último término, a la conclusión de que la acción promovida no es procedente, y, consecencialmente, debe revocarse todo el fallo recurrido.

En cuanto a la acción subsidiaria y a las consecuenciales ellas se subordinan a la procedencia de la principal. Nó siendo, por tanto, procedente ésta, aquéllas deben desecharse.

A mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** en todas sus partes la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete en el juicio ordinario seguido por Jorge y Alvaro Valencia Torres contra la Nación, de que se ha hablado en la parte motiva de este fallo, y, negando las peticiones de la demanda, absuelve a la Nación de los cargos formulados en su contra en el libelo.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

**Eleuterio Serna R.** — **Germán Alvarado.** — **Belisario Agudelo.** — **Luis A. Flórez.** — **Luis Rafael Robles.** — **Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

## INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL. — PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO LA ACCION DE REPARACION VA DIRIGIDA CONTRA TERCERO

1.—En providencia de 28 de octubre de 1948, la Sala de Negocios Generales, después de enunciar varios fallos, principalmente el de 29 de agosto de 1945, presenta una serie de reflexiones para formar un criterio acerca de la interpretación y aplicación de los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal, y llega así a la conclusión de que es preciso distinguir al respecto la situación en que se halla el autor del hecho delictuoso o cuasidelictuoso y la del tercero responsable. Son dos casos distintos, puesto que si contra el directamente responsable se puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal, ello no es factible en relación con el tercero responsable.

2.—Las normas de los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal se limitan en su aplicación al responsable directo del perjuicio y no al tercero, que por lo mismo no tiene en cuenta el Código de Procedimiento. Lo que significa que el tercero no puede ser llevado al juicio penal y que por tanto la acción civil para cobrarle perjuicios ha de intentarse por el perjudicado separadamente, en juicio civil aparte.

3.—Si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente, la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluido el juicio penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a hacer nugatorio un derecho que la ley consagra, como quiera que el inciso 2º del artículo 2358 del C. C. establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero y ya que los procesos penales duran por lo general más de

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero diez de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna)

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia dada el quince de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, declaró probada la excepción de petición antes de tiempo en el juicio ordinario seguido por la señora Cecilia Prado de Arizabaleta contra el Departamento del Valle del Cauca.

Contra dicha providencia interpuso recurso de apelación ante esta Sala de Negocios Generales la Corte, dentro de la debida oportunidad, y en forma legal, la parte demandante, el que fue concedido por el a quo, viniendo de este modo los autos al conocimiento de la Corte, donde, agotada la tramitación previa correspondiente a la segunda instancia, se procede a decidir.

El juicio tuvo origen en la demanda presentada por medio de apoderado, por la mencionada señora, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad, Rosa Amelia, Beatriz, María Cecilia, Isabel, Daniel y Leonor Arizabaleta Prado, para que el Departamento demandado les indemnizara los perjuicios civiles de todo orden ocasionados por actos de un agente suyo, un miembro de la policía departamental, que produjeron la muerte del señor Daniel Arizabaleta Prado, esposo y padre, respectivamente, de los demandantes.

Los hechos básicos de la demanda, se expresan en el libelo así: "El día veinte de abril del año en curso (la demanda lleva fecha 15 de noviembre de 1941), por mandato legal, se reunió en esta ciudad una manifestación liberal de partidarios de la candidatura presidencial del señor Alfonso López, como se temiera, con o sin fundamento, que los diputados contrarios a dicha corriente pudieran ser atacados, la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca llevó a la plazuela de San Francisco, donde la manifestación dicha se verificaba un número considerable de agentes de la policía departamental. En la dicha plazuela de San Fran-

cisco se encontraba como observador el señor Daniel Arizabaleta Prado, hombre correcto, enemigo de riñas y peleas, ciudadano pacífico, incapaz de tomar parte en agresiones de ninguna naturaleza.

"A las cuatro de la tarde poco más o menos del expresado día veinte de abril del corriente año, y en la mencionada plazuela de San Francisco, se verificó un choque entre los manifestantes y la Policía del Departamento. Algunos Agentes de la Policía Departamental, seguramente en el ánimo de aplacar a los manifestantes, hicieron uso de pistolas con cápsulas de gas. Uno de los agentes, por descuido, imprudencia, ignorancia en el manejo de esta clase de armas, descargó su arma contra Daniel Arizabaleta Prado ocasionando la muerte inmediata de éste la cual fue producida por *shok* traumático consecencial a la fractura de la base del cráneo y a la vibración de la masa encefálica, producida por la anotada explosión de una cápsula de gas. Fue éste el concepto de los médicos legales y está en la conciencia de cuantos presenciaron los sucesos, que el agente que disparó la cápsula de gas lo hizo contra las reglas que es necesario tener en cuenta al usar esta clase de armas".

En derecho se apoyó la demanda en los preceptos de los artículos 1494, 2341 y 2347 y demás disposiciones pertinentes del C. C. y 34 de la ley 57 de 1887.

#### La argumentación del a quo

Para fundar la decisión de que en el juicio de autos hubo una petición antes de tiempo, razona así el Tribunal: "En los casos de culpa delictual o cuasidelictual, la acción civil debe ejercitarse conjuntamente con la acción penal. Si la acción es simplemente civil, naturalmente no hay acción penal. Tanto en este caso, como en aquéllos en que el juez penal, por falta de pruebas o por cualquiera otra circunstancia, no pronuncie la condenación civil de los perjuicios, o el perjudicado no se conforme con la condenación hecha en tal sentido, no habrá acción penal conjunta, sino simplemente civil, que puede ejercitarse ante el juez civil competente.

"Ya se comprenderá que el caso de autos no puede ser resuelto por la justicia civil, mientras no haya fallado la justicia penal; pues se trata de un hecho respecto del cual ésta debe decir (sic) sobre la intención delictual del agente ejecutor, o de su culpa, declarándolas, si es el caso, como que éstas son la fuente de la responsabilidad penal de

dicho agente y consiguientemente, de la responsabilidad civil de la persona jurídica demandada.

"Aquí el hecho generador de la responsabilidad no es de naturaleza simplemente civil: es de naturaleza delictual o cuasidelictual; en todo caso de carácter punible. De donde se desprende que el competente para determinar o fijar la responsabilidad civil es el juez penal.

"Mientras esto no suceda, no puede haber decisión civil que resuelva el problema de fondo planteado en la demanda; porque tampoco, salvo en los casos ya anotados, puede haber acción civil separada o desconectada de la penal.

"Se está en presencia, pues, de la excepción perentoria de **petición antes de tiempo**, y en consonancia con esta excepción debe fallarse el negocio".

#### Consideraciones de la Corte

La Sala no acepta la tesis del *a quo*, y se funda en las mismas razones que desde hace algún tiempo fueron la motivación para rectificar idéntica jurisprudencia antes imperante.

En providencia de 28 de octubre de 1948, la Sala de Negocios Generales, después de enunciar varios fallos, principalmente el de 29 de agosto de 1945, presenta una serie de reflexiones para formar un criterio acerca de la interpretación y aplicación de los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal, y llega así a la conclusión de que es preciso distinguir al respecto la situación en que se halla el autor del hecho delictuoso o cuasidelictuoso y la del tercero responsable. Son dos casos distintos, puesto que si contra el directamente responsable se puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal, ello no es factible en relación con el tercero responsable.

En efecto, la indemnización de perjuicios es una acción de carácter privado, pese a lo sostenido por algunos doctrinantes que se afilian a una opinión distinta. Para que aquella acción pueda ejercerse en el proceso penal, o sea, para que en éste tomen parte, además de los funcionarios judiciales, otras personas distintas de aquéllas que se relacionan con el ejercicio de la denominada acción penal, bien por su aspecto activo o pasivo, es necesaria la existencia de una norma legal expresa que permita esa intervención.

Ahora bien: estudiadas las disposiciones vigentes en esta materia, especialmente los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal, se observa que, tratándose de una demanda indemnizato-

ria contra el autor del hecho doloso o culposo, ella puede adelantarse dentro del proceso penal.

Al respecto dijo la Sala en la sentencia de 28 de octubre premencionada: "aquellas normas se limitan en su aplicación al responsable directo del perjuicio y no al tercero, que por lo mismo no tiene en cuenta el Código de Procedimiento. Lo que significa que el tercero no puede ser llevado al juicio penal y que por tanto la acción civil para cobrarle perjuicios ha de intentarse por el perjudicado separadamente, en juicio civil aparte".

En verdad, si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente, la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluido el juicio penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a hacer nugatorio un derecho que la ley consagra, como quiera que el inciso 2º del artículo 2358 del C. C. establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero, y ya que los procesos penales duran, por lo general, más de este tiempo. Son aplicables para el caso las normas de los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, cuyo objeto no es otro que evitar hasta donde sea posible la coexistencia de dos fallos contradictorios, proferidos por el juez penal y el civil, respectivamente. Y para eludir esta ocurrencia, se hubo de aplicar el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

De lo expuesto hasta aquí, se sigue que el fallo de primer grado debe revocarse y decidirse el negocio en el fondo, teniendo en cuenta las providencias recaídas en el proceso penal, y que en copia auténtica obran en autos.

A folios 27 a 42 del cuaderno No. 6 aparecen las copias compulsadas por el Secretario del Juzgado Superior de Cali y traídas al proceso por disposición de esta Sala en providencia de 22 de septiembre de 1947, del auto de sobreseimiento definitivo proferido por el dicho Juzgado Superior el 11 de marzo de 1948, en favor de Víctor Manuel López, agente de la Policía Departamental del Valle, por el delito de homicidio, y de la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de la misma ciudad (Sala Penal) confirmó con fecha junio 30 de dicho año el sobreseimiento proferido en favor del mencionado López.

El homicidio por el cual se sobreseyó definitivamente en favor de éste fue el consumado en la

persona de Daniel Arizabaleta durante una manifestación pública que tuvo lugar en Cali el 20 de abril de 1941, es decir, el mismo hecho por el cual se demanda indemnización en este juicio.

En efecto, a folios 39 del cuaderno número 6, se lee en el proveído de segunda instancia el siguiente relato de los hechos: "Con ocasión de instalarse la Asamblea Departamental del Valle del Cauca en su período legal que se iniciaba el 20 de abril de 1941 y por haberse dividido los miembros liberales de dicha Corporación en dos facciones que se denominaron "Lopista" y "Santista", en "manguala" esta última, según el argot de la política partidista, con los miembros del partido conservador, la primera de aquellas porciones comandada por sus jefes, se congregó en la plaza pública en donde aquéllos valiéndose de encendidos discursos y apasionados términos, lograron levantar hasta la exacerbación los ánimos del pueblo y ya enardecido éste, indomable y colérico, se arrojó con los jefes a la cabeza; contra aquellas personas que a juicio de los mismos eran causantes de la "manguala" que perjudicaba los intereses personales de esas gentes, ávidas al parecer de sangre y devastación. Dentro de ese ambiente caldeado pretendieron arremeter contra el propio Gobernador. Y fue entonces cuando el Agente Víctor Manuel López hizo cuatro disparos con su escopeta lanzagases, con tan mala fortuna, que habiendo pretendido con ello dispersar a los revoltosos, dio muerte al señor Daniel Arizabaleta en forma absolutamente involuntaria, ausente de propósito, deceso ocurrido al ser señalado el Gobernador por el Diputado Jorge Córdoba Peña, quien enarbolaba una pistola y se dirigía al ataque, momento éste en que la policía intervino para salvaguardar la vida amenazada del mandatario seccional".

Y en el auto del Juzgado Superior (fls. 27 ib.) esos mismos hechos se relatan de la siguiente manera, que igualmente no deja lugar a dudas de que se trata de los mismos expuestos en la demanda y sobre los cuales se pretende fundar la acción de indemnización: "Vistos: Por noticias recibidas por el Inspector Segundo de Policía Municipal de esta ciudad el día 20 de abril de 1941, se dio principio a la investigación de los hechos acaecidos en la tarde de ese día en la plazuela de San Francisco, de esta ciudad, con motivo de la instalación de la Asamblea Departamental y a raíz de una manifestación pública que se había llevado a cabo, la que degeneró en hechos o actos de violencia de los cuales resultaron varios ciudadanos lesionados y muerto el señor Daniel Arizabaleta".

De la lectura de los "considerandos" de una y a providencia, se deduce además que Juzgado Tribunal estimaron que el Agente López obró en ejercicio de una facultad legítima.

En efecto: a folios 37 se lee en el auto de primera instancia lo siguiente: "No podemos decir que el hecho del Agente Víctor Manuel López en relación con el imperfecto (sic), fue fruto de la inexperiencia en el manejo de la carabina lanza-gases, porque lo hemos visto, en ocasiones anteriores en manifestaciones y motines similares, había actuado en esa clase de instrumentos sin que se hubiera presentado ninguna irregularidad; no tenía el Agente López ninguna enemistad con el occiso señor Arizabaleta que diera margen a creer en un hecho intencional. Lo ocurrido no fue otra cosa que un accidente ocasional e imprevisto, puesto que tales gases están técnicamente hechos para usarlos contra manifestaciones tumultuarias con el fin de disparar a sus integrantes cuando quiera que sus reuniones degeneran en motines, asonadas u otras actividades ilícitas tendientes a perturbar el orden público existente. Que el hecho en sí se justifica, es cosa que brilla por su evidencia. La Policía tenía la obligación de hacer guardar en aquella oportunidad el orden jurídico y la tranquilidad ciudadana, y en el momento de disparar el Agente López, los proyectiles de gases lo hizo con el objeto de defender de la violencia o agresión actual e injusta la vida del señor Gobernador del Departamento y de las demás personas que en esos momentos lo acompañaban, pues de otra manera probablemente hubieran perecido a manos de la turba enfurecida que los asediaba. Esto es, se hizo necesaria esa acción, imprescindible por no disponer de otro medio sin causar mayor daño, máxime cuando la violencia o agresión había comenzado y avanzaba incontrolada hacia su objetivo final, que no era otra que causar algún daño a la persona del señor Gobernador. No había, pues, necesidad de esperar, como se esperó, que la agresión se iniciara, ni menos que se produjera el golpe o el hecho perseguido, para que se justificara la legítima defensa de la vida de esas personas. Ese fermento agresivo y amenazante estaba vivo desde hacía largo rato, por lo que se habrían justificado los disparos de gases con mucha antelación a la en que se hicieron, y sin em-

bargo, no se hizo así y se corrió el riesgo de lo imprevisible, lo que está indicando que la Policía no sólo obró en forma justificada, sino que **estuvo en mora de ejercitar un legítimo derecho** en ocasión menos angustiosa". (c. No. 6). (Subraya la Corte).

Y estos conceptos los prohió en todas sus partes el Tribunal en la providencia de segunda instancia, donde los reprodujo (c. No. 6, fls. 41) en su integridad, para fundar la confirmación impartida al sobreseimiento decretado a favor del Agente López.

En estas circunstancias, es el caso de dar estricta aplicación al precepto del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, según se ha explicado, la acción civil tendiente a obtener la reparación del perjuicio de orden privado, ejercida ante los jueces civiles, no puede prosperar cuando en el proceso penal se ha declarado por medio de un auto de sobreseimiento definitivo, que esté ejecutoriado, como lo está el del Juzgado Segundo Superior de Cali, proferido en favor del Agente de la Policía Departamental Víctor Manuel López, que el procesado obró en cumplimiento de un deber o en **ejercicio de una facultad legítima**, y, por tanto, deberá absolverse al Departamento demandado en este juicio de todos los cargos formulados en su contra en el libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrándola en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### Resuelve:

1º—**Revócase** la sentencia materia del presente recurso de apelación;

2º—**Absuélvase** al Departamento del Valle del Cauca de todos los cargos que en su contra se formularon en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia en la Gaceta Judicial.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



**EMPLAZAMIENTO. — CUANDO ES NECESARIO. — CUANDO NO SE REQUIERE. — CASO DEL JUICIO DE EXPROPIACION. — INDEBIDA REPRESENTACION EN EL JUICIO. — CUANDO HAY LUGAR A ELLA. — PRUEBA QUE SE REQUIERE PARA QUE PROSPERE LA ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO EJERCIDA EN PROCESO SEPARADO**

1.—Por regla general, cuando la residencia del demandado no es conocida o se trata de persona incierta, es necesario el emplazamiento previo para el nombramiento de curador AD LITEM, en los términos del artículo 317 del Código Judicial. Pero a juicio de la Corte esta regla no es aplicable cuando se trata de expropiaciones, pues para estos casos hay una regulación especial en el mismo Código Judicial, en cuyo artículo 855 se dispone: “si admitida la demanda, transcurren diez días sin que se halle en el lugar alguno de los demandados, o sin entre éstos los hay inciertos, el Juez, sin emplazamiento, nombra a los ausentes un curador AD LITEM con quien se sigue el juicio...”.

... La sola referencia a los demandados inciertos en las dos disposiciones está indicando que se trata de los mismos casos, pero con distintas consecuencias: la de la regla general, que exige el emplazamiento previo; y la de la disposición especial para los juicios de expropiación, que expresamente prescinde de ese emplazamiento.

2.—En sentir de la Corte, el concepto de indebida representación, para los efectos del artículo 457 del Código Judicial, no tiene el alcance ilimitado que le han dado el recurrente y el propio Tribunal de Pamplona. Lo que ha querido la ley es que la parte que fue extraña al juicio no sufra sus consecuencias. Con esta sana orientación, que se compagina sin dificultad con la fuerza e importancia de la cosa juzgada, es claro que la indebida representación que puede invocarse en juicio separado, o proponerse como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, se relaciona generalmente con los actos de comparecimiento en juicio, que son los que originan la relación procesal. Si el demandante o el demandado comparecieron en juicio mal representados y así se continuó la actuación, hasta dictarse sentencia definitiva, es natu-

ral que tengan la oportunidad de oponerse a las consecuencias de un proceso al cual fueron extraños.

Mas si en el curso de un juicio, después de constituida la relación procesal, se producen actos de extralimitación por parte de apoderado o representante de los interesados no advertidos oportunamente por el Juez, esos actos podrán alegarse como causales de nulidad dentro del propio juicio, pero en ningún caso podrán considerarse como indebida representación, que pueda invocarse en proceso separado.

3.—Si la nulidad que puede declararse en un proceso separado es la del juicio, conforme al artículo 457 del C. J., no puede pretenderse el actor que su acción prospere sin la prueba completa de que el juicio ha terminado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

El doctor Gregorio Vega Ranjel, como apoderado de las señoras Idda Matute Gómez de Grounweid e Issola Matute Gómez, demandó a la Nación ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona para que, mediante los trámites del juicio ordinario y con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, se decreta “la revisión del juicio de expropiación de los terrenos destinados para la construcción de los cuarteles de la Nación, seguido contra las señoras Idda Matute Gómez de Grounweid e Issola Matute Gómez ante el señor Juez 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta, y para que se declaren las nulidades de que se halla afectado dicho juicio de expropiación”, ordenando consecuentemente “la restitución de las cosas al estado que tenían antes del referido juicio”. Subsidiariamente el doctor Vega Ranjel entabló, en favor de sus poderdantes, acción reivindicatoria o

de dominio sobre la casa de la hacienda "El Resumen", ubicada dentro de los linderos del predio del mismo nombre, con sus correspondientes corrales, patios, pesebreras, corredores, pasadizos, rastrojos y cercas, debiéndole ordenarse la restitución de la casa en el mismo estado y condiciones en que se encontraba cuando se efectuó la diligencia de entrega a la Nación el 19 de febrero de 1945 por el señor Juez 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta, en cumplimiento de las sentencias pronunciadas en el juicio de expropiación. También pidió el apoderado de las señoras Matute Gómez que, como consecuencia de la acción reivindicatoria, se condene a la Nación a pagar a sus mandantes los perjuicios materiales y morales que se les ocasionaron con la entrega ilegal de la expresada casa de la hacienda "El Resumen", y los que se les continuaron ocasionando.

Como hechos principales de la demanda, se adujeron los siguientes:

"1º—La existencia del juicio de expropiación adelantado por la Nación ante el señor Juez 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta contra mis mandantes, señoras Idda Matute Gómez de Grounweid e Issola Matute Gómez, para la expropiación de un lote de terreno de la hacienda de "El Resumen", de propiedad de las referidas señoras, con destino a los cuarteles nacionales;

"2º—Hallarse afectado dicho juicio de las nulidades sustantivas y adjetivas atrás mencionadas;

"3º—El mandato conferido al señor General Santos Matute Gómez por sus señoras hijas, y el mandato conferido a Guillermo García por el referido General Matute Gómez;

"4º—El desistimiento, convencional y contra derecho, y su aceptación en el Tribunal Superior de Pamplona, que hizo el apoderado García, de la apelación interpuesta contra la sentencia de expropiación pronunciada en dicho juicio;

"5º—El avalúo del bien expropiado hecho en dicho juicio de expropiación por los señores peritos;

"6º—Haber desempeñado el doctor Eduardo Silva Caradini el cargo de Secretario de Gobierno del Departamento Norte de Santander desde el día 18 de octubre de 1944 hasta el día 2 de enero de 1945, sin hacer dejación en dicho juicio de expropiación del mandato de la Nación;

"7º—Haberse ejecutado las sentencias sin estar legalmente notificadas, como se dijo, ni ejecutoriadas;

"8º—Haberse ejecutado dichas sentencias hallándose recurrida en apelación la de fecha 13 de di-

ciembre de 1944, y pendiente la apelación de la sentencia de expropiación de fecha 31 de julio de 1944, por ser ilegal y nulo el desistimiento de la apelación interpuesta;

"9º—Haber perdido las señoras Matute Gómez la posesión y tenencia inscrita y material de la casa de la hacienda de "El Resumen";

"10.—Ser la Nación la actual tenedora de esa posesión inscrita y material sobre la casa en referencia;

"11.—No hallarse prescrita la acción de dominio;

"12.—Haber sufrido mis mandantes considerables perjuicios, tanto por el juicio de expropiación aludido como por habérseles arrebatado la posesión quieta y pacífica de la casa de la hacienda de "El Resumen".

Sobre las bases indicadas se adelantó el juicio ante el Tribunal de Pamplona, con audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, y allí produjeron las partes las pruebas que juzgaron pertinentes. Entre esas pruebas, la parte actora hizo allegar a los autos copia de la mayor parte del juicio de expropiación tachado de nulidad, el cual estaba todavía pendiente de que se surtiera la apelación de la sentencia de adjudicación dictada a favor de la Nación por el Juzgado del Circuito de Cúcuta.

Agotado el procedimiento de primera instancia, el Tribunal absolvió a la Nación de todos los cargos de la demanda por sentencia de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

El Tribunal consideró en su fallo que entre los negocios que pueden ventilarse por la vía ordinaria después de decididos en juicio especial, a que hace referencia el inciso 2º del artículo 473 del C. J., no estaban comprendidos los juicios de expropiación; que no se había demostrado la causal de nulidad de que trata el artículo 457 del mismo Código, para que proceda la invalidación de un proceso en juicio separado; y por último, que la reivindicación demandada tampoco podía prosperar, por cuanto si el juicio de expropiación no estaba terminado, según las pruebas de autos, la acción de dominio versaba sobre un bien en litigio y fuera del comercio, comoquiera que la demanda con que se inició dicho juicio fue debidamente registrada.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de apelación la parte actora, recurso que entra a resolver la Corte después de agotado el trámite procesal correspondiente, donde tanto el representante de la Nación como el apoderado de las demandantes presentaron sus alegatos, sin que

se produjeran otras pruebas que las pedidas por aquel funcionario.

### Interpretación de la demanda

Aunque en la demanda se solicita la revisión del juicio de expropiación y que se declaren las nulidades de que se halla afectado dicho juicio, no puede entenderse que se trata de dos peticiones distintas, encaminada la una a ventilar de nuevo lo relacionado con la expropiación en sí misma, y la otra a procurar la nulidad del juicio especial adelantado ante el Juzgado 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta. De acuerdo con los hechos de la demanda, lo acertado es entender que se trata de una sola petición, dirigida a que se estudie el juicio de expropiación para que se decrete su nulidad. No hay nada que indique que se quiso someter a nuevo debate en juicio ordinario la viabilidad de la expropiación que fue materia de juicio especial.

El mismo apoderado de las demandantes, en su alegato ante la Sala, ha manifestado con razón a este respecto:

“Por otra parte, basta leer los términos de la parte de la demanda propuesta que contiene lo que se pide para llegar a la conclusión de que la acción propuesta es una de nulidad, de las que se deben ventilar en juicio ordinario (artículo 734 del C. J.), toda vez que no tiene procedimiento especial señalado; y de su peso se cae que para poder llegar a la obtención de la declaratoria de nulidad precisa revisar las diversas actuaciones del juicio correspondiente en donde se produjeron las anomalías que invalidan el proceso. No se trata en este proceso, como lo ha creído el Honorable Tribunal Superior de Pamplona, de revisar el juicio de expropiación de los terrenos de “El Resumen”; se trata de demostrar que dicho juicio de expropiación fue tramitado desde el principio contraviniendo expresamente las leyes de procedimiento que regulan las actuaciones judiciales, contravenciones que le mezquinan todo valor legal”.

Lo dicho es suficiente para que la Corte prescindiera de estudiar el asunto materia del juicio de expropiación, sin que deje de reconocer que a este respecto el fallo del Tribunal se halla ajustado a derecho, de tomarse en cuenta la interpretación que allí se le dio a la demanda.

### Nulidad del juicio de expropiación

La nulidad de este juicio se hace derivar de lo siguiente: de no haberse emplazado a las deman-

dadas, señoras Idda Matute Gómez de Grounweld e Issola Matute Gómez, para que se apersonaran en el juicio; de habérseles designado a éstas un curador *ad litem*, que estuvo representándolas, no obstante la falta de aquel emplazamiento; de la circunstancia de haber representado en el juicio a las señoras Matute Gómez el doctor Luis A. Cáceres, sin que el doctor Guillermo García, que le substituyó el poder a él conferido, tuviera facultad expresa para delegar el mandato judicial; y por último, del hecho de haber desistido el apoderado García de la apelación interpuesta contra la sentencia de expropiación, sin tener facultad para desistir.

Según el recurrente, en sus alegatos ante el Tribunal y ante la Corte, se trata aquí de los motivos de nulidad procesal que pueden invocarse en juicio separado, de conformidad con el artículo 457 del Código Judicial; es decir, que en su concepto el juicio quedó afectado de nulidad, tanto por no haberse emplazado a las demandadas como por indebida representación de éstas.

### Emplazamiento

No se desconoce que, por regla general, cuando la residencia del demandado no es conocida o se trata de persona incierta, es necesario el emplazamiento previo para el nombramiento de curador *ad litem*, en los términos del artículo 317 del Código Judicial. Pero a juicio de la Corte esta regla no es aplicable cuando se trata de expropiaciones, pues para estos casos hay una regulación especial en el mismo Código Judicial, en cuyo artículo 855 se dispone:

“Si admitida la demanda, transcurren diez días sin que se halle en el lugar alguno de los demandados, o si entre éstos los hay inciertos, el Juez, sin emplazamiento, nombra a los ausentes un curador *ad litem* con quien se sigue el juicio”.

Que la anterior disposición es de carácter especial, no ofrece duda alguna para la Corte. La norma general establece que si la residencia del demandado no es conocida o si se trata de persona incierta, el nombramiento de curador *ad litem* se hace con emplazamiento previo; en cambio, el artículo 855 dispone que si no se encuentra alguno de los demandados en el lugar del juicio, o si entre éstos los hay inciertos, el mismo nombramiento de curador *ad litem* se hace sin emplazamiento. La sola referencia a los demandados inciertos en las dos disposiciones está indicando que se trata de los mismos casos, pero con distintas consecuencias: la

de la regla general, que exige el emplazamiento previo; y la de la disposición especial para los juicios de expropiación, que expresamente prescinde de ese emplazamiento.

Por lo demás, el alcance del artículo 855 del Código Judicial encuentra su apoyo en la urgencia o rapidez con que deben tramitarse las expropiaciones, comoquiera que a estos extremos se llega por razón de las necesidades del servicio público. Los antecedentes del Código Judicial así lo indican claramente, mediante la siguiente acotación:

“Como una expropiación es generalmente asunto de urgencia, y como el expropiado en todo caso recibe en vez de los bienes su valor, se propone en el artículo 855 que si, transcurridos diez días de iniciada la demanda, no se halla en el lugar alguno de los demandados, o éstos son inciertos, el Juez debe nombrar al ausente o ausentes un curador *ad litem* con quien se siga el juicio”.

Así, pues, no fue irregular la designación de curador *ad litem* de las demandadas en el juicio de expropiación, pues a ello procedió el Juzgado del conocimiento después de haber informado la Secretaría que habían transcurrido diez días desde la admisión de la demanda, sin que se hubiera hallado en el lugar a las señoras Matute Gómez. Tampoco fue indebida la representación del curador, con quien se adelantó el juicio.

#### Indebida representación

En el sentir de la Corte el concepto de indebida representación, para los efectos del artículo 457 del Código Judicial, no tiene el alcance ilimitado que le han dado el recurrente y el propio Tribunal de Pamplona. Lo que ha querido la ley es que la parte que fue extraña al juicio no sufra sus consecuencias. Con esta sana orientación, que se compaginó sin dificultad con la fuerza e importancia de la cosa juzgada, es claro que la indebida representación que puede invocarse en juicio separado, o proponerse como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, se relaciona generalmente con los actos de comparecimiento en juicio, que son los que originan la relación procesal. Si el demandante o el demandado comparecieron en juicio mal representados y así se continuó la actuación, hasta dictarse sentencia definitiva, es natural que tengan la oportunidad de oponerse a las consecuencias de un proceso al cual fueron extraños.

Mas si en el curso de un juicio, después de constituida la relación procesal, se producen actos de extralimitación por parte del apoderado o repre-

sentante de los interesados, no advertidos oportunamente por el juez, esos actos podrán alegarse como causales de nulidad dentro del propio juicio, pero en ningún caso podrán considerarse como indebida representación, que pueda invocarse en proceso separado.

Una interpretación distinta del artículo 457 del Código Judicial quebrantaría notablemente la autoridad de la cosa juzgada, sin suficiente razón justificativa. ¿Cómo sería posible, por ejemplo, que el desistimiento del recurso de reposición de un auto fuera motivo para anular un proceso terminado —en juicio aparte—, por la circunstancia de que el apoderado no tuviera facultad expresa para desistir?

De aquí se concluye que es improcedente la petición de las demandantes sobre nulidad por indebida representación, ya que esa nulidad se hace consistir en actos de extralimitación del mandato judicial por parte del apoderado García, realizados después de constituida debidamente la relación procesal.

#### Prueba del juicio de expropiación

En el presente asunto, observa la Corte que ni siquiera se trajo a los autos, en la forma legal, copia completa del juicio de expropiación. Las piezas aportadas debidamente sólo comprenden una parte del juicio, hasta el momento de concederse la apelación interpuesta contra la sentencia de adjudicación. Este hecho lo reconoce la propia parte demandante, que se apresuró a presentar irregularmente, con su alegato ante la Corte, el resto de la actuación en dicho juicio.

Esta circunstancia tampoco le permitiría a la Corte declarar la nulidad del juicio de expropiación, aunque no mediaran otras razones, como las expuestas anteriormente. Si la nulidad que puede declararse en proceso separado es la del juicio, conforme al artículo 457 del C. J., no puede el actor pretender que su acción prospere sin la prueba completa de que el juicio ha terminado.

#### Reivindicación

Las demandantes ni siquiera han tratado de demostrar su derecho de propiedad sobre la casa de la hacienda “El Resumen”, a que se contrae la petición subsidiaria de dominio. No han presentado ninguna prueba que conforme a la ley sustantiva dé derecho a reivindicar. Se han limitado a sostener que la casa de la hacienda no estuvo clara-

mente comprendida ni en la demanda ni en la sentencia de expropiación, como si este hecho fuera título suficiente dentro de un juicio reivindicatorio.

En estas condiciones, la acción de dominio carece de fundamento y de pruebas adecuadas.

#### Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por auto-

ridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona de fecha veintisiete (27) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), dictada en el juicio contra la Nación a que se ha hecho referencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Belisario Agudelo. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## PRUEBAS EN EL PROCESO. — MANERA COMO DEBEN PEDIRSE

Lo que se pretende en el presente caso es que se ordene recibir una declaración sin que se sepa de antemano quién es el testigo que debe rendirla. Se ha creído, al parecer, que esto no tenía importancia.

No se ha tenido en cuenta que las pruebas deben pedirse en forma concreta y precisa, pues si así no fuera sería imposible para los jueces calificarlas, y en ocasiones hasta practicarlas. Si son inadmisibles las pruebas inconducentes y las legalmente ineficaces, en los términos del artículo 596 del C. J., de ahí se deduce que las pruebas que se soliciten no deben ser vagas ni imprecisas.

En este sentido, si al pedirse la declaración de un testigo debe incluirse el interrogatorio al cual deba responder, según se desprende del artículo 690 del C. J., con más veras debe indicarse quién es la persona que debe declarar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles)

En el juicio ordinario de Pedro Delgado Gutiérrez y otros contra la Nación, seguido ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, solicitó varias pruebas el apoderado de la parte actora, entre ellas, que se les recibiera declaración sobre determinados hechos al señor Tito Reyes y a las personas que éste citara, para cuyo efecto debería librarse despacho comisorio al Juez Municipal de Tame.

Por auto de quince de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho el Tribunal ordenó practicar las pruebas pedidas, excepto la declaración de las personas a que hiciera referencia el testigo Tito Reyes. Dijo a este respecto el Tribunal:

“No se accede a la fórmula solicitada por el apoderado de la parte demandante, de que el Juez Municipal de Tame le reciba declaración a los testigos que cite el declarante solicitado, señor Tito Reyes, por tres razones: primera, porque el proce-

so civil es diferente al proceso penal, y por consiguiente no es aceptable que se vayan evacuando las citas que aparezcan en las declaraciones de uno o de varios testigos; segunda, porque la contraparte no tendría, si se aceptara la fórmula original del peticionario, modos adecuados para tachar oportunamente a los testigos que fueran apareciendo ante el Juez de Tame, máxime si se considera que toda comisión debe ser precisa; y tercera, porque al citar el testigo Tito Reyes otros declarantes, al tiempo de rendir su testimonio, el juez comisionado tendría que dictar un auto decretando la recepción de nuevos órganos de prueba, lo que equivaldría a repetir el primer período probatorio, haciendo imposible la aplicación del artículo 752 del C. J., lo que entrañaría una desventaja inadmisibile para la parte demandada”.

De dicha providencia se les concedió apelación a los demandantes para ante esta Sala, donde el asunto ha recibido el trámite indicado en el artículo 502 del C. J.

Después de tomar en cuenta los alegatos oportunamente presentados por las partes, la Sala considera:

Lo que se pretende en el presente caso es que se ordene recibir una declaración sin que se sepa de antemano quién es el testigo que debe rendirla. Se ha creído, al parecer, que esto no tenía importancia.

No se ha tenido en cuenta que las pruebas deben pedirse en forma concreta y precisa, pues si así no fuera sería imposible para los jueces calificarlas, y en ocasiones hasta practicarlas. Si son inadmisibles las pruebas inconducentes y las legalmente ineficaces, en los términos del artículo 596 del C. J., de ahí se deduce que las pruebas que se soliciten no deben ser vagas ni imprecisas.

En este sentido, si al pedirse la declaración de un testigo debe incluirse el interrogatorio al cual deba responder, según se desprende del artículo 690 del C. J., con más veras debe indicarse quién es la persona que debe declarar.

Por lo demás, si las pruebas deben guardar relación con los hechos afirmados y controvertidos, no hay siquiera por qué suponer que el declarante Tito Reyes haya de citar nuevos testigos.

Con lo dicho es suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirme, como lo hace ahora, la providencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de fecha quince de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, dictada en el juicio a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D.  
Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis R  
fael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretari**

**ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — SU DECISION DEBE SER OBJETO DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO. — COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS**

1.—La cuestión de incompetencia debe ser siempre materia de estudio previo por parte del juzgador a quien se dirige el peticionario en demanda de alguna decisión, para no avocar el conocimiento y dar lugar a actuaciones que al fin pueden resultar nulas, con manifiesto perjuicio para los interesados.

2.—Para la revisión de actos administrativos, a fin de que se declare su nulidad como lesivos de derechos privados y para que se indemnice al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado existe acción contencioso-administrativa consagrada en los artículos 62 y 66 a 68 y siguientes del Código Contencioso-Administrativo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Belisario Agudelo D.)

El decreto ejecutivo número 638 de 23 de abril de 1930, dice: "Artículo único. Desde el día 1º de julio del presente año queda terminantemente prohibido conceder nuevos permisos a personas sanas de lepra para residir en los lazaretos. Párrafo. A las personas sanas que por tener con los enfermos el parentesco que señala la ley, se les haya concedido con anterioridad a este decreto licencia para vivir en las leproserías, se les mantendrá en el goce de tal concesión. Los enfermos reclusos en los lazaretos tendrán derecho a que sus parientes los visiten hasta dos veces en el año en los términos de los reglamentos vigentes. Comuníquese y publíquese. Miguel Abadía Méndez. — El Ministro de Educación Nacional, Eliseo Arango".

En memorial de 25 de enero de 1932, dirigido de Contratación al Administrador General de Lazaretos, se lee: "Guillermo A. Serrano U., varón, mayor y vecino de este lazareto a usted con todo respeto manifiesto: Tengo en este lazareto un establecimiento de Droguería, el cual fue montado

en vida de mi padre el señor Fernando Serrano A., quien falleció hace algunos meses; y es el caso que no teniendo miembro de familia enfermo, afortunadamente, de usted con el debido respeto solicito: se digne concederme permiso para permanecer en este lazareto, administrando mis negocios que desde hace años establecí, negocios estos que formé para amparar a mis padres y de los que dependo para el sostenimiento hoy, de mi madre que reside en esta ciudad...".

El Departamento Nacional de Higiene, Sección de Lazaretos, resolvió el 4 de febrero de 1932: "Dígame al señor Guillermo A. Serrano que el decreto número 638 de 1930, prohíbe terminantemente conceder nuevos permisos a los sanos para vivir en los lazaretos, pues esto además de inconveniente desde el punto de vista científico, es antieconómico para el Estado. En tal virtud, el señor Serrano debe cumplir las disposiciones que en este mismo sentido y respecto de su permanencia allí dictó la extinguida Dirección General de Lazaretos. En estos casos la ley no permite hacer excepciones de ninguna especie, pues todas las personas tendrían derecho para hacer iguales exigencias y las leproserías se alejarían cada vez más de la organización que deben tener. Por lo expuesto el señor Serrano debe arreglar sus asuntos y retirarse de Contratación, para lo cual se le señala un término de treinta (30) días".

Debió el señor Serrano U. hacer reclamación por perjuicios al Mininterio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, porque la comunicación número 704, fechada en Bogotá el 12 de enero de 1939, está concebida así: "Señor Jefe del Departamento de lucha antileprosa, S. D.— Tengo el agrado de hacer referencia a su atento oficio número 165, del 11 de los corrientes, que vino acompañando el memorial que el señor Guillermo A. Serrano ha dirigido al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social solicitando la indemnización por presuntos perjuicios sufridos por el peticionario al dar cumplimiento al decreto ejecutivo número 638. En mi opinión debe contestársele al memorialista ha-

ciéndole la manifestación de que el Ministerio por el momento no puede hacer el reconocimiento solicitado porque en su sentir se trata del cumplimiento de un decreto de interés general el cual siempre está por encima del interés particular o personal, por una parte, y por otra, porque el Ministerio carece de facultad legal expresa para atender esa clase de reclamaciones. Si el memorialista sintió que sus derechos quedaban lesionados, ha debido recurrir a la autoridad competente solicitando la declaratoria de nulidad del decreto precitado. No habiendo hecho esto a su debido tiempo, le queda expedito el camino de recurrir al Organismo Judicial demandando a la Nación por los perjuicios sufridos, y una vez obtenida la sentencia judicial condenatoria, el Ministerio queda en la obligación de solicitar del Congreso de la República la apropiación de la partida correspondiente para hacer el pago. Mientras esto no suceda, el Ministerio no puede desarrollar ninguna actividad sobre el particular”.

En memorial de 28 de mayo de 1945 estableció el señor Guillermo Serrano Uribe juicio contra la Nación, “para que se condene a dicha entidad a pagarme —dice— la suma de cincuenta y ocho mil (\$ 58.050.00) (sic) en que estimo el daño emergente y el lucro cesante ,causados por el Departamento Nacional de Higiene, con motivo de la Resolución de 4 de febrero de 1932, por medio de la cual se me obligó a liquidar mis negocios establecidos en el leprocomio de Contratación, Santander Sur”, transcripción ésta que se hace para poner de manifiesto de una vez las pretensiones del actor y la razón y causa de la demanda.

Como fundamentos de derecho citó “los artículos 148 del Acto Legislativo número 1 de 1945; 2536 del C. C.; 17, 19, 26, 27, 30, 34, 38, 40 y 41 de la Constitución Nacional”.

Acceptada la demanda, la contestó el señor Fiscal 2º, limitándose a negar los hechos fundamentales y el derecho, causa o razón en que se apoya, y a oponerse a las pretensiones del demandante.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 27 de marzo de 1946, oportunamente apelada, negó las súplicas de la demanda.

La sentencia se funda principalmente en que “no se adujo ninguna prueba de que el retiro o expulsión de Serrano, del leprocomio de Contratación, se hubiera hecho de modo ilegal, que implicara o un abuso de la ley, o una usurpación de funciones por parte de quienes como empleados de la administración pública nacional le impartieran a

Serrano la orden de abandonarlo y la resolución de cumplir ésta, o una transgresión en cualquier forma de las leyes de salubridad que en cualquier forma regulan los leprocomios, porque la documentación allegada y anteriormente analizada, demuestra todo lo contrario: que el retiro del señor Serrano U., sucedido en noviembre de 1932, de aquel leprocomio, se cumplió en forma estrictamente legal y en acato del decreto número 638 de 1930 que estaba en vigencia”.

Al hacer uso aquí del traslado dijo la Procuraduría: “La Procuraduría observa, ante todo, que en el presente caso no se trata de una responsabilidad civil extracontractual que pudiera dar origen a la acción instaurada por el demandante. En efecto, este litigio ha surgido con motivo de una providencia dictada por funcionarios del Gobierno en cumplimiento de lo prescrito por el decreto número 638 de 1930. Por consiguiente los funcionarios a los cuales se imputa responsabilidad, al expedir la orden a que se ha hecho referencia, se limitaron a dar cumplimiento a un estatuto legal que prohíbe terminantemente la permanencia de personas sanas en los leprocomios. Por tanto, este despacho no encuentra fundamento legal alguno para que, en razón del cumplimiento de normas legales como la que se comenta, pueda deducirse responsabilidad a los funcionarios públicos encargados de velar por su estricto cumplimiento. Ni mucho menos ve la razón jurídica que pueda tener el demandante para iniciar contra la Nación una acción de responsabilidad civil extracontractual, alegando una culpa en que hubieran incurrido esos funcionarios precisamente cuando en el ejercicio de sus funciones velaban por el cumplimiento de tales normas legales. Si el señor Serrano considera que con la resolución ministerial que prohibía su permanencia en el lazareto, se vulneraban sus derechos, ha debido acudir a la autoridad competente, ya que lo único que hicieron los funcionarios respectivos fue dar estricto cumplimiento a lo que mandaba el decreto ejecutivo 638 de 1930, el cual había sido dictado con base en la ley 20 de 1927, y sería absurdo afirmar que por el cumplimiento de una disposición legal se incurra en culpa, pero en ningún caso acudir a la vía ordinaria demandando a la Nación por una culpa extracontractual, como lo ha hecho, y acusar ante ella esa providencia, como violatoria de una norma superior. En el caso de autos el demandante habría podido sujetarse a lo prescrito en la ley 130 de 1913, vigente en la época en que el señor Serrano dice haber sufrido los perjuicios, para que la jurisdicción de lo contencioso-

administrativo hubiera avocado el conocimiento de petición”.

Se extiende luego la Procuraduría en el estudio de fondo relativo a la existencia en el caso de autos de los requisitos para que aparezca configurada la responsabilidad por culpa, pero advierte que hace este estudio en atención a que el Tribunal entró a la cuestión de fondo.

La cuestión de incompetencia debe ser siempre materia de estudio previo por parte del juzgador a quien se dirige el peticionario en demanda de decisión alguna, para no avocar el conocimiento y dar lugar a actuaciones que al fin pueden resultar nulas, con manifiesto perjuicio para los interesados.

El solo hecho de haber planteado el señor Serrano U. su cuestión ante entidad de la rama administrativa, está indicando que la reclamación ha debido tener su culminación en esa misma rama de la administración para conseguir, si era el caso, el logro de los propósitos perseguidos, pues se trataba de un acto administrativo, de una resolución adoptada por quien tenía facultad de resolver el caso cuestionado.

En firme la orden de desocupar Serrano Uribe del lazareto, orden dada por quien tenía facultad para resolver si dicho señor u otro cualquiera, tenía derecho para permanecer o no allí, aquella orden tiene fuerza obligatoria, mientras no haya sido anulada por quien tiene facultad legal para ello. Lo mismo puede decirse en relación con la negativa que en el Ministerio se dio a la reclamación por perjuicios causados con esa orden y con la forzosa desocupación.

Para la revisión de actos administrativos, a fin de que se declare su nulidad como lesivos de derechos privados y para que se indemnice al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado existe acción contencioso-administrativa consagrada en los artículos 62 y 66 a 68 y siguientes del

C. C. A., en vigor cuando la demanda fue presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de mayo de 1945.

Siendo el Consejo de Estado la entidad competente para conocer de la nulidad de una Resolución Ministerial como la que en este juicio se contempla, y de los perjuicios que con ella se hayan causado, no era procedente recurrir a la justicia ordinaria, porque ésta no puede, sin usurpar jurisdicción, asumir funciones que corresponden a la justicia administrativa.

Talvez el concepto expuesto en la comunicación número 704 antes copiada, de que al señor Serrano U. le quedaba “expedito el camino de recurrir al Organó Judicial demandando a la Nación por perjuicios sufridos” indujo al actor a establecer la acción ante el Tribunal Superior, y así ese error de apreciación condujo a otro de procedimiento agravado con la aceptación de la demanda y con la no impugnación de ella por parte del señor Fiscal, pero, se repite, estas equivocaciones no autorizan a esta Sala de la Corte para invadir un campo que no es el de su competencia.

Como la falta de jurisdicción anotada no es susceptible de enmendarse con la prórroga que de ella hicieran las partes, pues se trata de jurisdicción, no prorrogable, es el caso de proferir de plano la nulidad de lo actuado en las instancias del juicio.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo lo actuado en este juicio a partir de la notificación de la demanda.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 69 DE 1945. — PROCEDIMIENTOS PARA LA IMPOSICION DE LAS SANCIONES ALLI MISMO SEÑALADAS.— NOCION DE INTERES JURIDICO PARA EL EJERCICIO DE UNA ACCION. CARACTERISTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE OFICIO

1.—Según la letra del artículo 8º de la ley 69 de 1945, para la imposición a los abogados de la sanción que en la misma disposición se establece, no se ha establecido una acción pública o popular, es decir, de la cual pueda ser titular cualquiera persona, sino que se ha señalado el requisito de que la queja sea formulada por persona interesada. Se aplica aquí el concepto abstracto de "interés jurídico" que tan importante papel juega en el campo del derecho procesal. Y por "interés jurídico" para el ejercicio de una acción, según lo tiene establecido la Corte (casación de 22 de agosto de 1940), debe entenderse aquél que "venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés" y con el cual se haya lesionado un derecho del que lo alega. Cuando falta ese interés así entendido el demandante o quejoso no podrá obtener sentencia favorable a sus pretensiones.

2.—Otra de las formas para proceder a la aplicación de la sanción de que se trata es la del procedimiento de oficio. El carácter esencial de este procedimiento es de que el juzgador debe proceder a actuar, apenas tenga conocimiento de la realización de los actos respectivos, sin que pueda aceptar la intervención de nadie, porque esta intervención sólo es posible cuando se ha consagrado la acción pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Con procedencia del H. Tribunal Superior de Pasto vino en consulta ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, que

puso fin al juicio sumario que, por faltas lesivas de la moral profesional, instaurara el señor Rubén Muñoz I. contra el abogado Teodulfo Dulce. Y fallar el negocio consultado procede esta superioridad, teniendo en cuenta que se han cumplido los trámites legales que el recurso implica.

Con fecha nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y siete el señor Rubén Muñoz I., vecino de La Unión (Nariño), presentó ante el H. Tribunal Superior de Pasto un memorial mediante el cual, acogiéndose a la ley 69 de 1945, acusa al doctor Teodulfo Dulce de faltas lesivas contra la moral profesional; acompaña a él varios documentos y termina solicitando al Tribunal que "ordene lo que considere legal a fin de que se sancione ejemplarmente al responsable".

Previa la tramitación legal del juicio, se dictó la providencia que es base de la presente consulta que en su parte final reza: "Pero en el caso presente no se ha demostrado esa falta de delicadeza y decoro profesionales en las actuaciones del doctor Dulce y por lo mismo el Tribunal, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en armonía con su colaborador, absuelve al doctor Teodulfo Dulce, mayor y de este vecindario, y ordena que se averigüe el delito de calumnias como lo manda el artículo 8º de la ley 69 de 1945".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al recorrer el traslado correspondiente, en vista fiscal fechada el 16 de diciembre de 1948, hace una exposición de innegable interés jurídico en relación con el artículo 8º de la ley 69 de 1945. Después de transcribir el artículo en cuestión, el señor Procurador dice:

"En primer lugar, debe anotarse que, según la letra del artículo citado, para la imposición de esta sanción no se ha establecido una acción pública o popular, es decir, de la cual pueda ser titular cualquiera persona, sino que se ha señalado el requisito de que la queja sea formulada por persona interesada. Se aplica aquí el concepto abstracto de "interés jurídico" que tan importante papel juega en el campo del derecho procesal.

Según lo tiene establecido la jurisprudencia de H. Corte (Casación, 22 de agosto de 1940), por interés jurídico para el ejercicio de una acción debe entenderse aquel que "venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés" y con el cual se haya lesionado un derecho del que lo alega. Cuando falta ese interés así entendido el demandante o quejoso no podrá obtener sentencia favorable a sus pretensiones.

"De manera que puede sacarse ya una primera conclusión: la sanción señalada en el artículo 8º de la ley 69 de 1945, no podrá ser impuesta sino cuando la queja ha sido presentada por parte interesada, no por cualquiera persona.

"Otra de las formas para proceder a la aplicación de la sanción de que se trata, es la del procedimiento de oficio. El carácter esencial de este procedimiento es el de que el juzgador debe proceder a actuar, apenas tenga conocimiento de la realización de los hechos respectivos, sin que pueda aceptar la intervención de nadie, porque esta intervención sólo es posible cuando se ha consagrado la acción pública".

Inmediatamente después el señor Agente del Ministerio Público hace una distinción de los procedimientos, ya sea base de ellos la petición de parte interesada; el derecho consagrado a los ciudadanos mediante la llamada "acción pública"; o el procedimiento de oficio. Para terminar demostrando que en el artículo explicado se consagran los procedimientos de oficio y el de petición de parte interesada.

"El artículo 8º de la ley 69 de 1945 —dice en uno de sus apartes la providencia consultada—, al establecer el procedimiento sumario para sancionar a los abogados por faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales vino a llenar un clamoroso vacío que se advertía en nuestra legislación, ya que profesionales inescrupulosos y hábiles sorteaban victoriosamente los preceptos del Código Penal, perjudicando a sus poderdantes en convivencia (sic) con las partes encontradas". Pero al mismo tiempo el artículo invocado, al señalar los procedimientos mediante los cuales se consigue la acción de los jueces sobre el caso en cuestión, previó muy acertadamente la mala fe de los competidores en el oficio, el resultado de las animadversiones personales y la acción de los llamados enemigos gratuitos, y, excepción hecha de la actuación de oficio, la acusación solamente la confía a quienes acrediten su condición de **parte interesada**:

"Artículo 8º de la ley 69 de 1945:

"Los Tribunales Superiores de Distrito, de oficio o a virtud de queja de parte interesada, impondrán previa sustanciación de un juicio sumario y con audiencia del acusado, penas de multa de diez a cien pesos, y suspensión del derecho a ejercer la abogacía hasta por un mes, a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesionales".

En el caso concreto sometido a la consideración de esta Sala, la providencia consultada tuvo su origen en la petición del señor Rubén Muñoz I., persona que no llegó a demostrar su condición de **parte interesada**, ya que, según lo anota el señor Procurador "en ninguna parte aparece que el señor Muñoz se queje de que, por las actuaciones que le imputa al doctor Dulce, haya sufrido menoscabo en alguno de sus derechos, sino que en forma sospechosa se constituye en defensor de los intereses de otros. Basta analizar los hechos imputados al doctor Dulce para concluir que ninguno de ellos tiene relación directa con el señor Muñoz".

No obstante las razones aducidas, que demuestran que ningún derecho asistía en su demanda al autor de la denuncia, no sobra aquí una síntesis de los documentos por él llevados al juicio y de los aportados por el acusado.

En primer término obra en autos una declaración extrajuicio, rendida por José María Solarte, en la cual sostiene éste que actuando el doctor Dulce como su apoderado, en un sumario que se le seguía por lesiones, su abogado le aconsejó regalarle una obra valiosa al doctor Jorge Luis Córdoba, entonces médico legista, con el fin de conseguir un favorable dictamen pericial. Asimismo afirma que el doctor Dulce le insinuó la conveniencia de dar dos pesos al Secretario del Juzgado donde cursaba el negocio con el fin de que ese funcionario le prestara a su asunto especial atención. El declarante asevera haber cumplido con los dos consejos de su apoderado.

"La segunda consiste, —es ésta una transcripción del relato de la sentencia del Tribunal de Pasto— en una copia expedida por el Juzgado Mixto del Circuito de La Unión del auto de 5 de marzo de 1947 en el incidente de nulidad propuesto por el señor Arcesio Guerrero en el juicio partitivo de "Tierras Blancas", instaurado por Roberto y Juan Bautista Rosero en contra de Demetrio Cerón y otros y en el que el Juzgado rechaza la representación del doctor Dulce por existir intereses opuestos, y en la copia del auto de 4 de marzo del mismo año y del mismo Juzgado en que

éste rechaza la representación del doctor Dulce a nombre de la demandante Rosario Noguera”.

Como lo afirma el H. Tribunal de Pasto el testimonio de José María Solarte “es interesado”, ya que según lo afirmado por varios declarantes, se puso en claro la existencia de intereses comunes entre el declarante Solarte y el señor Muñoz I. Además, tiene especial importancia el hecho de que, en la época de su entendimiento, el señor Muñoz I. desempeñaba las funciones de Director de la Cárcel y el señor Solarte estuviera bajo su cuidado en calidad de preso. En cuanto al hecho del pago hecho por el doctor Dulce al Secretario del Juzgado de La Unión, éste afirma que efectivamente recibió dos pesos, suma que en ninguna manera puede calificarse de dádiva, ya que representaba el monto de los derechos arancelarios cobrados de acuerdo con la ley.

En lo relacionado con los poderes aceptados por el abogado denunciado, en un juicio divisorio, y que fueron objeto de rechazo por el Juez del conocimiento quien encontró que existían “intereses encontrados”, se llega a la conclusión de que el cargo

fue totalmente desvanecido, mediante las declaraciones de los señores Roberto Eraso, Juan Bautista Rosero, Demetrio Cerón, partes todos ellos en juicio, y del partidador, señor Lucas A. Santacruz

En virtud de los hechos relacionados y ante las razones expuestas, en un todo de acuerdo con señor Agente del Ministerio Público, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley confirma en todas sus partes la sentencia proferida por el H. Tribunal de Pasto, el quince de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, en el juicio sumario instaurado por el señor Rubén Muñoz contra el doctor Teodulfo Dulce.

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

**Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Bafae Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## RESPONSABILIDAD-DEL ESTADO POR EL HECHO DE AGENTES SUYOS

1.—Como lo ha dicho la Corte, para deducir responsabilidad en contra de la Nación por daños ocasionados por el hecho de agentes suyos, es preciso que el acto de los agentes se haya realizado dentro del radio de las funciones que se les han encomendado, o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre ellas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado.

2.—La Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra la misma Nación o Estado. En este evento ocurre algo igual al caso de un particular, cuya responsabilidad por el hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado, cesará, conforme al precepto del artículo 2347 del C. C., "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior de Ibagué, el señor Leopoldo Flórez incoó, en su propio nombre, con fecha treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, demanda ordinaria contra la Nación, para que en la sentencia que ponga fin al juicio, se la condene a pagarle la suma de \$ 7.239.00 (siete mil doscientos treinta y nueve), como indemnización de los perjuicios materiales y morales por él sufridos, a consecuencia de las lesiones de que fue víctima el once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, y que le fueron ocasionadas por los disparos que la tropa del Ejército Nacional acantonada en Ibagué hizo ese día contra la población de la dicha ciudad, desde la Escuela de Ingenieros, donde se hallaba alojada.

El Tribunal, por medio de sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis,

puso término a la primera instancia, absolviendo a la Nación de los cargos formulados en su contra en el libelo, decisión contra la cual interpuso el recurso ordinario de apelación para ante esta Sala de Negocios Generales, el apoderado del actor.

Llegados los autos a la Corte, se les dio la tramitación legal correspondiente a la segunda instancia, y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado y que deba declararse de oficio, corresponde a la Sala proferir sentencia de segundo grado.

## Los argumentos del Tribunal

El a quo, en la providencia recurrida, fundamentó su decisión en las siguientes razones:

"De conformidad con el artículo 1494 del C. Civil, —dice— una de las fuentes de las obligaciones radica en los hechos que infieren injuria o daño a otra persona.

"El artículo 2356 del mismo Código consagra la norma objetiva en virtud de la cual todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta; y el artículo 2341 ibidem contiene la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado.

"Más concretamente el artículo 2347 estatuye: " Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado. . . . Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

"Casi a continuación el artículo 2349 establece lo siguiente: " Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán, si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

"Dando una interpretación equitativa y justa

a las disposiciones transcritas, la jurisprudencia ha resuelto que las Entidades de Derecho Público, también son responsables por los daños resultantes de las faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización y funcionamiento de los servicios públicos, porque como lo ha dicho un notable expositor, "el Estado, sea que obre como persona política, sea que obre como persona civil, no es nunca superior al derecho".

"Pero si bien es cierto que tales entidades pueden incurrir en culpas civiles por extralimitación de funciones de sus empleados o por omisión en el ejercicio regular de ellas, también es cierto que no pueden cometer delitos.

"De manera que si el acto dañoso es impersonal y revela que se trata de un administrador o de un mandatario del Estado, más o menos sujeto a error, y no del hombre con sus flaquezas, sus pasiones o sus imprudencias, el acto debe considerarse oficial; pero si la persona del agente se revela en actos culposos de derecho común que se salen de la normalidad, por vías de hecho o de dolo, en tal caso la culpa es imputable al funcionario y no a la función.

"En este último evento ya no se puede situar la responsabilidad indirecta en cabeza del Estado, porque se sale de los principios que informan la teoría de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, que es correlativa a la obligación de escoger o elegir debidamente las personas que deben ejercer funciones oficiales, o establecer sobre ellas la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de actos culposos generadores de daños o perjuicios indemnizables.

"En el caso de autos pudo haber sido cierto que los oficiales del Batallón Escuela de Ingenieros, o la tropa, obediendo órdenes de sus superiores (artículo 21 de la Constitución Nacional), causaron heridas con armas de fuego a don Leopoldo Flórez; pero no debe olvidarse que cuando eso sucedió, estaba turbado el orden público en todo el territorio nacional, por la ocurrencia de hechos anormales imprevisibles que le impedían garantizar debidamente las vidas, la honra y bienes de los ciudadanos colombianos.

"Tampoco debe olvidarse que los Oficiales y soldados del Batallón Escuela de Ingenieros acantonado en esta ciudad, se rebelaron contra el orden constitucional y se alzaron en armas contra el Gobierno legítimo, lo que equivale a decir que abandonaron el ejercicio regular de sus funciones oficiales para invadir el campo del delito por las vías de hecho o del dolo penal.

"De ahí que el Comandante y algunos oficiales de dicho Batallón hubieran sido sentenciados por delitos contra el régimen constitucional y la seguridad del Estado; y de ahí que deben reputarse como actos personales de aquéllos, y no del Estado, los hechos que hubieran podido causar perjuicios al demandante Flórez.

"Por consiguiente, la Nación no puede responder en este caso por culpa *in vigilando* e *in eligendo*, de daños causados por sus agentes que, violando la Constitución y las leyes en una situación de anormalidad, abandonaron el cumplimiento de sus deberes para con la Patria y se comportaron de un modo claramente delictuoso".

### Los hechos de la demanda

El demandante basó su petición en los siguientes hechos, que expuso así en el libelo:

"1º—En la noche del día once de julio del presente año, entre las siete y cuarto y siete y media, más o menos, la tropa de la Escuela de Ingenieros, guarnición militar acantonada en esta ciudad, desde el edificio del cuartel destinado para su alojamiento y desde lugares adyacentes a ese edificio dispararon (sic) sus armas de fuego contra el público, en forma agresiva e injustificada.

"2º—Los disparos hechos por el personal de la tropa de la Escuela de Ingenieros ya mencionada, en la hora citada de la referida noche, causaron gran sorpresa y pavor en la ciudadanía de Ibagué por lo inesperado del ataque.

"3º—En esa hora de la noche de dicho once de julio, en el momento en que yo me hallaba próximo al edificio del Teatro Colombia de esta ciudad, entre calles quince y dieciseis, y cuando me guarnecía en una de las puertas de los almacenes próximos a aquel teatro, acera norte de la nombrada carrera, recibí dos heridas de arma de fuego que era disparada por la tropa de la Escuela de Ingenieros, guarnición militar acantonada en esta ciudad.

"4º—Esas heridas las recibí en el antebrazo izquierdo y en el dedo índice de la mano derecha, a consecuencia de las cuales hubo necesidad de que los médicos me amputaran esas partes del cuerpo en el Hospital de San Rafael de esta ciudad.

"5º—Por consecuencia directa de esas heridas perdí el antebrazo izquierdo y el dedo índice de la mano derecha, quedando incapacitado para el trabajo de manera definitiva, y mermada mi capacidad productiva.

"6º—Por la pérdida de esas partes del cuerpo a

consecuencia de las heridas que me infirió la tropa de la Escuela de Ingenieros ya nombrada, he sufrido perjuicios materiales y morales cuya cuantía he estimado en las peticiones de este libelo.

"7º—Esos perjuicios me deben ser indemnizados por el estado colombiano porque me han sido inferidos por sus agentes.

"8º—La tropa de la Escuela de Ingenieros, guarnición militar acantonada en esta ciudad, estaba comandada por militares en servicio activo.

"9º—Esa misma tropa estaba destacada en esta plaza por órdenes superiores emanadas del ministerio respectivo".

El señor Fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, negó los anteriores hechos de la demanda, y se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas.

En el mismo escrito argumentó así el señor Agente del Ministerio Público:

"El día once de julio del presente año (1944) se encontraba la Nación colombiana bajo un régimen y un estado de anormalidad, motivo por el cual el Gobierno Nacional expidió desde el día anterior un Decreto Ejecutivo de carácter extraordinario declarando turbado el orden público y en estado de sitio la República. El motivo del Decreto de que se ha hablado se debió a la rebelión encabezada por algunos miembros del Ejército, entre ellos el Jefe de la tropa del Batallón o Escuela de Ingenieros acantonada en Ibagué. Como los hechos a que el demandante se refiere sucedieron el once de julio y ya se había expedido el decreto de turbación del orden público y declarando (sic) en estado de sitio la República, la Escuela de Ingenieros encabezada por su jefe y oficiales, estaban fuera de la ley, en rebeldía contra el régimen constitucional y por tanto en ese preciso momento no representaban a la Nación. Tanto es así que algunos de ellos fueron juzgados en Consejos de Guerra Verbales".

#### Los argumentos del actor

Ni en la primera ni en la segunda instancia la parte demandante presentó alegato alguno.

Peero en la demanda, el señor Flórez alegó en apoyo de su derecho con los argumentos que a continuación se reproducen:

"Como a mi se me han causado perjuicios materiales y morales por agentes de la Nación, que se encontraban en servicio en esta plaza, me deben ser indemnizados esos perjuicios por aquélla, ya que en este caso es clara la responsabilidad civil

de la Nación pues de conformidad con principio constitucional, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Principio éste de la carta fundamental que se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 2341 del C. C. y con lo sentado y reconocido por la H. Corte Suprema de Justicia en varios fallos que corren publicados en la *Gaceta Judicial* u órgano de dicha corporación. Así pues, frátense de una culpa, de falta del servicio administrativo o de simple riesgo, es lo cierto y definitivo que la Nación es responsable civilmente y que me debe pagar esos daños que he apreciado en la suma de siete mil doscientos treinta y nueve pesos".

#### El concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil

Para completar el estudio de tan importante cuestión, considera la Sala conveniente reproducir también en sus partes principales, el alegato de conclusión presentado por el señor Procurador Delegado en lo Civil en esta segunda instancia del proceso:

Dice así este alto funcionario:

#### "OBSERVACIONES DE LA PROCURADURIA.

I.—La acción.—Es éste un juicio de responsabilidad extracontractual. La acción se funda en la imputación de culpa hecha por el demandante a la Nación. Se pretende que la Nación indemnice perjuicios que se dice causados por funcionarios nacionales. Como regla general, y exceptuando los casos especiales en que opera alguna presunción, en esta clase de juicios la parte demandante está obligada a demostrar tres factores esenciales: un hecho culposo cometido por la parte demandada; un perjuicio sufrido por la parte demandante, y una íntima relación de causalidad entre el hecho culposo y el perjuicio. Por tanto, es necesario estudiar detenidamente cada uno de estos tres elementos que, unidos, pueden llegar a configurar la responsabilidad civil extracontractual.

II.—La culpa.—En los hechos fundamentales de la demanda se dice que los perjuicios sufridos por el demandante Flórez el once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro fueron producidos por hechos culposos de los agentes del gobierno.

"Con los elementos de prueba que hay en el juicio, la Procuraduría encuentra demostrado que los oficiales acantonados en Ibagué se rebelaron con-

tra el gobierno legítimo, en la fecha indicada, y que se hicieron disparos con armas de fuego desde el edificio del cuartel en dirección a las calles adyacentes al mismo edificio.

"Ahora bien; suponiendo demostrado, aunque no lo está (como se verá más adelante), que los perjuicios sufridos por el demandante —cuya existencia halla efectivamente demostrada la Procuraduría— hubieran sido causados con los disparos hechos por los militares acantonados en Ibaqué que se rebelaron contra el gobierno, con motivo del conocido golpe militar de Pasto, la Procuraduría considera que en ese caso no puede estar comprometida la responsabilidad de la Nación, puesto que los agentes del gobierno a los cuales se imputan los hechos culposos no estaban obrando, en el instante de causarse el perjuicio, en cumplimiento, en desarrollo o con motivo de sus funciones. En tal caso, los oficiales del Ejército obraron de acuerdo con una consigna privada, actuando en forma personal, de modo que sus actuaciones no pueden verse como resultado normal de sus funciones. No solamente actuaban por fuera de las funciones de su cargo, sino que ejecutaban aquel acto que va más directamente dirigido contra sus propias funciones, puesto que las contrarían y atentan contra el régimen jurídico del cual ellas emanan.

"En general puede decirse que las entidades de derecho público son civilmente responsables, a efectos de indemnizar los perjuicios causados, de los hechos culposos de sus empleados o funcionarios. Y ello, por aplicación analógica del artículo 2347 del C. C. que dice: "Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado.... Y también por aplicación, igualmente analógica, del artículo 2349 del C. Civil. Así lo tiene establecido esa H. Corte: Situando la responsabilidad del Estado en el Código Civil se explica únicamente por aplicación, conforme se dijo, de los artículos 2347, primer inciso, y 2349, en cuanto del contenido de dichos preceptos, examinándolos con un criterio de científica interpretación, se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a tercero repercute sobre el empleador, quien solidariamente con el primero, está obligado a reparar el perjuicio...." (G. J., LII, No. 1977, sentencia de 30 de junio de 1941).

"Sin embargo, para que quede comprometida la responsabilidad de una entidad de derecho público

se requiere —como lo revela la doctrina que acabo de transcribir— que el empleado que causó el daño se hallara, en ese momento, en ejercicio de sus funciones, o con motivo de ellas, y no por actividad exclusivamente personal del empleado en la cual las funciones propias de su cargo público no tuvieran nada que ver.

"Esta conclusión, consagrada abundantemente por la doctrina y la jurisprudencia, encuentra su respaldo positivo en las mismas disposiciones legales ya citadas, en virtud de las cuales pudiera imputarse responsabilidad a la Nación en este juicio. En efecto, el artículo 2347 del C. C. establece la responsabilidad de una persona por el hecho de "aquéllos que estuvieren a su cuidado", agregando: "Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". Y el artículo 2349 del C. C. establece que los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, "con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos", de donde se deduce, claramente, que si el daño no ha sido causado con ocasión del servicio prestado por los funcionarios a la Nación ésta no es responsable del daño ocasionado por sus agentes. Agrega la disposición últimamente citada que los amos no responderán "si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso —agrega el mismo artículo— recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

"Por lo demás, esta tesis ha sido abundantemente expuesta por esa H. Corte. Las palabras antes transcritas ponen de manifiesto que se requiere que el daño se cause con motivo del servicio para que pueda quedar comprometida la responsabilidad del Estado. Igual significado tiene esta otra jurisprudencia: "Fuera de la responsabilidad directa por los delitos y las culpas, ha dicho la Corte, existe otra de carácter indirecto a que se refieren los artículos 2346, 2347, 2348, 2349, 2352 del Código Civil, que no por tener ese carácter vincula menos que la responsabilidad directa. En tratándose de la indirecta, que es de carácter excepcional, existe la presunción de responsabilidad que la ley establece contra el que tiene a su cuidado hijos, dependientes, empleados, etc., presunción que se desvirtúa en la forma establecida por esos mismos artículos. En que tratándose de actividades peli-

rosas, como la conducción de un ferrocarril, la presunción milita en contra de la empresa o de los patronos respectivos, y se desvirtúa sólo de la manera expresada por la ley o cuando se acredita que el conductor de un automóvil no estaba en el momento de producirse el accidente bajo la dependencia del respectivo patrón..." (G. J. LVII, número 2015).

"La misma tesis, según la cual la responsabilidad por el hecho ajeno sólo se presenta cuando el dependiente o subordinado se halla en ejercicio de sus funciones y causa el daño con motivo de la prestación del servicio, es la expuesta, unánimemente, por los más conocidos tratadistas. No es el caso de aducir, para comprobarlo, citas de autores franceses, ya que, según es bien sabido, los casos de responsabilidad por el hecho de otro están enumerados taxativamente, en la legislación francesa, mientras que en la legislación colombiana existe la regla general y hay disposiciones que hacen enumeraciones por vía de ejemplo, lo cual hace inaplicables, sobre este punto, las doctrinas de los expositores franceses. En cambio, es interesante citar al célebre tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, dada la semejanza existente entre el derecho colombiano y el derecho chileno. En su obra titulada "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", dice el tratadista citado:

"A más de la responsabilidad directa y personal en que puede incurrir la persona jurídica por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus órganos obrando como tales y en ejercicio de sus funciones, también puede contraer la que provenga del hecho ajeno o del hecho de una cosa o animal, en otros términos, la responsabilidad indirecta o compleja que establecen los artículos 2320, 2322, 2326 a 2328. Las presunciones de culpa que consagran estos artículos son aplicables a las personas jurídicas. Esos preceptos hablan de persona, del dueño de un edificio o animal o del que tenga éste sin distinguir. Comprenden, por tanto, a toda persona, natural o jurídica.

"Así, una persona jurídica es responsable de los delitos o cuasidelitos que cometa el dependiente, mientras esté bajo su cuidado (artículo 2320, inciso 5º), o sus criados en el ejercicio de sus respectivas funciones (artículo 2322); del daño que ocasiona la ruina de un edificio de su propiedad por haber omitido las necesarias reparaciones o haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia (artículo 2323); del que irrogue un animal que le pertenezca o que esté a su servicio

(artículo 2326) o un animal fiero de que no reporte para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327), o del que cause una cosa que cae o se arroja de la parte superior del edificio en que ella habita (artículo 2328" (página 159, ob. cit.).

"Agrega el mismo profesor chileno:

"Esta responsabilidad afecta a todo empresario, sea fiscal, municipal o particular. La ley no distingue y la responsabilidad del Estado y de las municipalidades, en cuanto administradores de su patrimonio privado o de una empresa que les pertenece, queda regida por el derecho común. Así, de los daños causados por los empleados o dependientes de la empresa de los ferrocarriles del Estado y que deriven de éstos u omisiones que se relacionen con el servicio..." (pág. 363).

"Dice igualmente el tratadista Alessandri Rodríguez:

"La responsabilidad del empresario cesa cuando el dependiente no está en servicio, cuando entre el hecho ilícito y las funciones que desempeña no existe relación alguna de tiempo, lugar ni servicio, como si lo ejecuta después de salir del trabajo o mientras está con permiso o en vacaciones.

"La responsabilidad del empresario comienza, por tanto, cuando el dependiente entra al trabajo y cesa cuando éste termina.

"Los jueces del fondo establecen soberanamente si cuando el dependiente causó el daño estaba o no prestando sus servicios al empresario" (página 371).

"Y por último, agrega el mismo expositor:

"El amo sólo responde de los delitos o cuasidelitos que cometan sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Así lo dice el artículo 2322 en sus dos incisos. Ello ocurre cuando el hecho se verifica mientras el criado obra en interés del amo, en el desempeño de la labor que está encomendada, en ejecución de las órdenes que ha recibido, aunque las ejecute mal o el hecho no se haya realizado a la vista del amo, como si el cuidador de una quinta destruye una acequia que pasa por ella y con la cual se riega la heredad vecina; si un chofer conduce el automóvil en que viaja su amo a toda velocidad o encargado por éste de llevar el vehículo a un punto determinado, le imprime una velocidad excesiva, a consecuencia de lo cual atropella a un transeúnte; si un mozo, mientras sirve la comida a un cliente le vuelca un plato de sopa por descuido inutilizándole la ropa o produciéndole quemaduras en el cuerpo, o, según lo ha fallado la Corte Suprema, si el empleado de una notaría, que, en ausencia

del notario, recibe una cantidad de dinero de uno de los otorgantes de la escritura para entregarla al otro una vez cumplidas ciertas condiciones, fallece sin restituirla, su restitución pesa sobre el notario.

“Si el criado o sirviente comete el delito o cuasidelito con ocasión de sus funciones, esto es, aprovechándose en beneficio propio o de un tercero de las circunstancias o de la oportunidad que esas funciones le proporcionan, como si un chofer que va en una misión encomendada por el amo, utiliza el automóvil de éste para transportar a un tercero sin permiso o autorización del amo y durante el viaje ese tercero es víctima de un accidente; o abusando de las mismas, es decir, ejerciéndolas en pugna con el interés del amo, como si ese mismo chofer, contraviniendo las órdenes del amo, en ausencia de éste o sin su permiso o conocimiento, saca el automóvil del amo para pasear con sus amigos y atropella a un transeúnte, el amo no responde del daño causado por el sirviente; el acto no ha sido ejecutado en ejercicio de las funciones que le están encomendadas. No puede invocarse de contrario el artículo 254 del C. de T., que considera accidente del trabajo a toda lesión que sufra el obrero o empleado a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad para el mismo, porque ambas responsabilidades son muy distintas: la del artículo 254 C. del T. es una responsabilidad legal destinada a proteger al obrero o empleado, en tanto que la del artículo 2322 del C. C. está basada en la culpa presunta del amo y tiene por objeto la protección de los terceros. Constituye, además, una excepción del derecho común, y, como tal, es de interpretación restrictiva.

“El amo tampoco responde si el criado, comete el delito o cuasidelito cuando no está en servicio, es decir, cuando entre el hecho ilícito y las funciones que desempeña no existe relación alguna de tiempo, lugar ni servicio, como si lo ejecuta después de salir del trabajo o mientras está con permiso o en vacaciones; cuando el hecho es enteramente ajeno a esas funciones, aunque lo ejecute mientras está al servicio del amo, como si el chofer que conduce el automóvil de su amo de un lugar a otro por orden de éste, riñe durante el viaje con un tercero y lo hiere, o comete un robo en una de las propiedades vecinas al camino, o si un criado seduce o viola a una de las criadas o hiere o mata a otro criado; o si lo ejecuta mientras obra el propio interés, aunque se sirva de elementos suministrados por el amo, como si el criado atropella a un tercero mientras trabaja por

su cuenta y beneficio, sirviéndose de un vehículo facilitado por el amo: el criado no se hallaba en ese momento en el ejercicio de sus funciones (págs. 379, 380, 381 y 382 ob. cit.).

“En el caso de autos, está acreditado que los hechos de los agentes nacionales a que se refiere la demanda se causaron cuando no estaban ellos en el cabal y normal desempeño de sus funciones oficiales, puesto que se halla demostrado que precisamente a causa de esos mismos hechos los oficiales comprometidos fueron juzgados por medio de Consejo de Guerra Verbales en los cuales resultaron condenados por delitos contra el régimen constitucional y la seguridad del Estado. Así queda demostrado, en virtud de las pruebas aducidas por la parte demandada, que los agentes nacionales quienes se imputa culpa obraron por fuera de sus funciones, y que, por lo mismo es evidente que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia invocadas atrás, no pudieron comprometer la responsabilidad del Estado.

“Es especialmente importante observar que, en el momento de consumar los hechos referidos en la demanda, estaba turbado el orden público en todo el territorio nacional, como lo prueba el ejemplar del Diario Oficial No. 25590 que obra en autos. Esa turbación del orden público, motivada por la insubordinación de oficiales del Ejército en Pasto, Ibagué y otras ciudades del país, revela que el gobierno nacional luchaba para detener la revuelta; que, por tanto, los oficiales insubordinados no sólo no estaban defendiendo en el instante el gobierno central sino que, por el contrario, formaban la fuerza que se oponía a éste; y que si el gobierno pudiera ser responsable de perjuicios causados por las fuerzas que siguieron siendo leales, no podría en ningún caso responder de perjuicios ocasionados por quienes habían sido funcionarios suyos y ya no lo eran, o, al menos, no se hallaban cumpliendo normalmente sus funciones.

“Por estas razones, la Procuraduría considera que no puede imputarse culpa a la Nación en virtud de los hechos en que sustenta su demanda el señor Flórez”.

Se detiene en seguida el señor Procurador Delegado en extensas consideraciones para demostrar ante todo que no está acreditado en el proceso ni la cuantía de los perjuicios sufridos por Flórez, ni que las lesiones que éste padeció, y cuya existencia sí encuentra probada ese Despacho, tuvieron realmente por causa los disparos, que, según la demanda, hicieron los militares insubordinados en Ibagué el once de julio de 1944.

Luégo agrega: "Como la parte demandante funsu acción en que el señor Flórez fue herido por sparos hechos por militares del Ejército Nacional, se pretende deducir responsabilidad a causa un delito de lesiones personales, delito que hubiera debido ser investigado por las autoridades competentes a fin de determinar la responsabilidad penal del caso. En los autos no hay prueba de que la investigación penal haya sido adelantada. Es cierto que en el expediente aparece un certificado expedido por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares en el cual consta que "el Comandante Encargado y algunos oficiales de la Escuela de Ingenieros que prestaban ahí. (en Ibagué) los servicios el diez y once de julio pasado, fueron sentenciados en Consejos de Guerra Verbales, por delitos contra el régimen constitucional, la seguridad interior del Estado". Tal certificado prueba que se adelantó la investigación relacionada con delitos cometidos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, pero ello no tiene nada que ver con la investigación que hubiera podido adelantarse en relación con las lesiones personales sufridas por el demandante. Se trata de dos procesos penales distintos."

"Ahora bien: de acuerdo por el Código de Procedimiento Penal, especialmente en sus artículos 10, 11 y 28, cuando en el proceso civil se presenta un hecho que puede considerarse como delito perseguible de oficio, el juez debe dar noticia de él a la autoridad competente, y, una vez iniciado el proceso penal, el litigio civil debe quedar en suspenso hasta que en aquél se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable, siendo de observar que la acción civil no puede proponerse cuando el juzgador penal ha declarado que la infracción en que se funda la acción no se ha realizado o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. Así en el caso de autos, tratándose de una acción fundada en la comisión de un delito penal perseguible de oficio, el juez civil no puede proferir su decisión sin comunicar previamente al juez penal respectivo la ocurrencia del ilícito criminal y sin esperar el resultado definitivo de la investigación penal."

"Por este aspecto, la Procuraduría considera que la acción civil promovida por el señor Flórez debe quedar en suspenso hasta que se inicie y resuelva en definitiva el proceso penal relacionado con el hecho delictuoso en que se funda la demanda".

#### Consideraciones de la Corte

No se barrunta cuál podría ser el objeto de la

suspensión de este juicio, si la Nación no ha de responder por los actos que fueren materia del proceso penal. En efecto: ora sea que las autoridades competentes sobresean definitivamente, o absuelvan a los autores de esos mismos actos, o bien que los condenen, ello no tendría influencia en la resolución de esta causa civil, si ha de aceptarse la tesis adoptada por el Tribunal de Ibagué y sostenida en esta segunda instancia por la Procuraduría.

Aparte de las reflexiones del *a quo* y del señor Agente del Ministerio Público, podrían, para desvanecer toda duda, darse unos ejemplos similares al caso *sub examine*. Así exigir responsabilidad al Estado cuando sus agentes actúan contra el orden y seguridad nacional, sería como exigir responsabilidad civil a un particular, por las lesiones que un hijo, en caso de agresión contra su propio padre, cause a un tercero, o en el evento de un sirviente que al tratar de robar las joyas de su amo rompiese el mueble de una persona distinta y en el cual dichas joyas se guardasen.

Realmente suscita algunas dificultades el problema planteado, porque a veces se presente con caracteres más o menos ambiguos.

Esta Sala de Negocios Generales ha sostenido que para deducir en tales circunstancias la responsabilidad de la Nación, es preciso que el acto de los agentes se haya realizado dentro del radio de las funciones que se les han encomendado, o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre ellas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado.

Los expositores Henry y Leon Mazeaud escriben al respecto: "Por el contrario no existe vínculo alguno entre la función del conductor de una camioneta, encargado de transportar periódicos y el hecho de que ese conductor, después de haber detenido el vehículo a orillas del camino, mate un faisán en un campo vecino: aún dentro de la teoría extensiva el comitente no puede quedar sujeto a las consecuencias civiles del delito de caza en esa forma cometido. Tampoco puede el dueño del vehículo responder de las consecuencias de una riña surgida entre el chofer y un ciclista, aunque la discusión haya tenido origen en la manera como el chofer se adelantó al ciclista...."

"He aquí algunas hipótesis extremas: ¿existe vínculo entre las funciones de un empleado de ferrocarriles y el contrabando a que se entrega en el curso de los viajes? No lo creemos: la función únicamente ha facilitado la realización del delito, pero

no tiene con el delito un vínculo suficiente para comprometer la responsabilidad de la compañía, el delito se ha cometido en el curso de las funciones, pero no con ocasión de las funciones”.

En la *Gaceta Judicial*, Tomo 52, página 117, se encuentra este concepto de la Corte: “Si por el contrario el empleado ha utilizado sus funciones con fin distinto del servicio, fué por tanto de lo que puede considerarse como verdadero órgano administrativo, deja de existir la responsabilidad de la administración”.

No hay que olvidar que se está dilucidando la responsabilidad aquiliana dentro de normas del Derecho Civil. No se estudia el negocio como un riesgo social en frente de ideas de solidaridad que indicarían otra solución, si hubiese leyes especiales que lo permitiesen.

En cuanto a las probanzas aparece en el expediente este informe de la Brigada de Institutos Militares: “Vuelva al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué certificando que el Comandante encargado y algunos oficiales de la Escuela de Ingenieros que prestaban allí sus servicios el 10 y 11 de julio pasado, fueron sentenciados en Consejos de Guerra Verbales, por delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. General Germán Ocampo, Comandante Brigada”. Es decir, se trata de un informe o certificado oficial. Sobre este punto dijo la Sala: “Los informes administrativos son medios de prueba cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y pueden constatarse por los sentidos”. (G. J., Tomo 62, pág. 892).

Fuera de esta certificación existen los siguientes informes dados por autoridades que debieron tener conocimiento de los hechos cuando en su calidad de funcionarios actuaban para cumplir su misión de amparar el orden:

“El Gobernador del Departamento del Tolima...

“Certifica:

“Que es un hecho cierto que en los días 10 y 11 del mes de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, el comandante, oficiales y soldados del Batallón “Escuela de Ingenieros”, acantonado entonces en esta ciudad, se declararon en abierta rebelión contra el Régimen Constitucional y la Seguridad Interior del Estado; se apoderaron del palacio de la Gobernación, cuartel de la Policía Nacional ‘División Tolima’, Edificio Nacional de Correos y Telégrafos y otras oficinas públicas nacionales, depar-

tamentales y municipales, recorriendo las calles de esta ciudad, armados y en actitud francamente hostil contra el Gobierno legítimamente constituido.

“Dado en Ibagué, a diez y ocho de enero de mil novecientos cuarenta y cinco”.

Una certificación semejante dio también el Alcalde de Ibagué.

Si todo lo expuesto no fuera, sin embargo, bastante para la confirmación de la sentencia recurrida, a juicio de la Corte, el siguiente pasaje del alegato del señor Procurador da razones suficientes para ello.

Dice así el señor Agente del Ministerio Público: “IV.—**Relación de causalidad.**—Cuestión fundamental en este debate es que no se ha establecido en forma clara e inequívoca, que el perjuicio sufrido por el demandante Flórez tuviera como causa, precisamente, los disparos que, según la demanda, hicieron los militares insubordinados en Ibagué el once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro. Los testigos que declararon sobre el particular, a solicitud de la parte demandante, afirman que los oficiales dispararon efectivamente sus armas contra el pueblo, pero agregan que no les es posible afirmar, que las heridas sufridas por el señor Flórez hubieran sido producidas precisamente a consecuencia de aquellos disparos; y es claro que en un instante de confusión como el que debió producirse entonces en Ibagué no puede saberse con precisión de qué armas partieron los disparos que hirieron a determinada persona. Así, en efecto, el declarante Isaura Murillo García dice: “Aclaro con respecto al punto cuarto, que aunque vi a los soldados de la Escuela de Ingenieros disparando desde la calle 15 hacia abajo, **no puedo asegurar a ciencia cierta que uno de ellos hubiera herido al señor Flórez**; que lo presumo y creo que la herida fue causada con balas de fusil o ametralladora... El testigo Daniel Saavedra se pronuncia en igual sentido al decir que “aunque no vi quien lo hirió, **supongo** que fue la tropa del Batallón de Ingenieros”. Y el señor Miguel Romero Rodríguez expone: “Aclaro que aunque yo no vi quien hirió a Leopoldo Flórez, **supongo** que fueron los soldados del Batallón de Ingenieros”.

“La prueba testimonial está instituida para acreditar los hechos que los declarantes han percibido con sus sentidos directamente, por lo cual las suposiciones o conjeturas que hagan los testigos carecen de todo mérito probatorio. Por tanto, la suposición de que el señor Flórez fue herido con armas del Ejército, nada vale. Y las declaraciones

transcritas más bien ponen de manifiesto que a los testigos no consta, sin lugar a duda, el hecho fundamental de la demanda, esto es, que las heridas sufridas por el demandante fueron ocasionadas por agentes nacionales. En tales circunstancias, no está demostrado el tercer elemento de la acción, es decir, la necesaria relación de causa a efecto entre la culpa que se imputa a la Nación y el daño sufrido por el demandante. Por consiguiente, la acción intentada no puede prosperar".

En mérito de lo discutido, la Corte Suprema de

Justicia —Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha hablado en la parte motiva de esta sentencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

**Eleuterio Serna R.** — **Belisario Agudelo D.** — **Germán Alvarado.** — **Luis A. Flórez.** — **Luis Rafael Robles.** — **Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

## INDICE

## SALA PLENA.

## PÁGS.

## PÁGS.

Acusación del Decreto 1239 de 1948 (por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República). — No se hacen las declaraciones pedidas en la demanda presentada por el señor Carlos García Herreros. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán . . . . . 297

Exequibilidad de los decretos 1239 y 1259 de 1948. — Extensión de la facultad conferida a la Corte por el artículo 214 de la Constitución. — Interpretación del artículo 122 de la Carta que obliga al Gobierno a oír previamente al Consejo de Estado para declarar turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República. — No prospera la demanda formulada por el doctor Pedro Yancés Salcedo contra los mencionados decretos. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza . . . . . 299

Inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del proyecto de ley "por la cual se eleva una partida" (Municipio de Buenos Aires). — Se declaran inexequibles los artículos objetado del mencionado proyecto. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . . . . 301

Demanda de inexequibilidad de los artículos 1º (ordinal c) y 6º del decreto legislativo 1813 de 1944 por el cual se dictaron algunas disposiciones "para atender eficientemente al estado de guerra en que se halla el país con Alemania". — Se abstiene la Corte de decidir de la demanda presentada por el doctor Pedro Nel Rueda Uribe, por cuanto ésta lo fue después de que habían dejado de regir las normas acusadas. — Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez . . . . . 307

Inexequibilidad de los artículos, 1º y 2º del proyecto de ley "por la cual se decreta una

contribución económica para un establecimiento de enseñanza". — Interpretación del artículo 76, numeral 20 de la Carta. — Se declaran fundadas las objeciones formuladas por el Jefe del Estado a las referidas disposiciones. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas . . . . . 309

Inexequibilidad del artículo 3º del proyecto de ley (1948) "por la cual se nacionaliza la Escuela Superior de Sabanalarga". — Explicación del artículo 76, numeral 19 de la Constitución Nacional. — Facultad del Congreso para decretar o subvencionar obras públicas y benéficas. — Se declara inexequible el artículo objetado del proyecto. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas . . . 315

## SALA DE CASACION CIVIL

Recurso de revisión. — No prospera el iniciado por la parte demandada en el juicio ordinario de Sinfrosa Martínez de Cely contra Susana Porras. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas . . . . . 319

Acción de rendición de cuentas y de pago de servicios. — No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el juicio ordinario seguido por Julio Gómez G. contra Joaquín Gómez Z. — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda . . . . . 321

Acción de venta de cosa hipotecada. — Acción pauliana. — Apreciación de indicios. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Alejandro Correa contra Andrés Muriel y Benjamín Ospina. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca . . . . . 324

## PÁGS.

**Acción de indemnización de perjuicios. — Facultad del sentenciador para apreciar la fundamentación de un dictamen pericial. —** Se niega la casación de la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué dictada en el juicio ordinario seguido por el doctor Daniel Góngora contra el Municipio de Ibagué. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestroza Daza ..... 330

**Técnica de casación. —** No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el juicio ordinario seguido por Juan N. Chalarca contra Ana Rita Loaiza. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales . 333

**Acción de restitución de unos semovientes y de sus frutos. — Inaplicabilidad a la crítica de la confesión de las normas legales sobre crítica del testimonio. —** No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga dictada en el juicio ordinario seguido por Leonilde y Ana Silvia Victoria contra Miguel Antonio Piedrahita. — Magistrado ponente, doctor Alvaro Leal Morales ..... 336

**Acción reivindicatoria. — Requisitos para que la partición de bienes sucesorales sirva de título traslativo de dominio del causante a sus herederos. — Objeto de las disposiciones de los artículos 214 y 215 del C. J. —** No se casa la sentencia dictada en el juicio ordinario de María Edelmira Tascón de Núñez contra Elba Carlota, Eduardo Estelio, Lucio Antonio, Elvira, Ruth, Marina, Libia y Julio Ernesto Tascón y otros, por el Tribunal Superior de Buga. — Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda ..... 338

**Influencia del proceso penal en el juicio civil. —** Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y se ordena suspender el juicio ordinario seguido por Amalia Naranjo Borrero de Prieto y otros contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas ..... 342

**Acción petitoria de una suma de pesos. — Subrogación. — Naturaleza jurídica de la**

**sucesión. —** Se dicta el fallo de instancia que debe reemplazar el proferido por el Tribunal Superior de Pasto (casado en fallo de la Corte de 30 de agosto de 1946), en el juicio ordinario seguido por Matilde Guerrero de Guerrero y otros contra la herencia de Luis D. Guerrero. — Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas ..... 350

## SALA DE CASACION PENAL

**Nulidades en el proceso penal. — Intervención del Oficial Mayor en las funciones secretariales. — Omisión de la firma del Secretario. —** No se invalida el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a presidio a José Rojas Aguilar por homicidio. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. .... 355

**Cambio de radicación de un proceso. —** Se emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso seguido por homicidio contra el sacerdote Gabriel Obeso. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. .... 359

**Impedimentos. — Partes en el proceso penal. —** Se declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Máximo H. Martínez, Magistrado del Tribunal Superior de Cali, para actuar en el proceso contra Bernabé Quiñones Quiñones por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . 362

**Colisión de competencias. — Entre el Juzgado 3º Superior de Barranquilla y el Juzgado 1º Superior de Cartagena — Etapas fundamentales de la consumación de todo delito. — Delito de abuso de confianza. — Competencia por delitos continuados o crónicos. —** Se dirime la colisión declarando que es el Juzgado 3º Superior de Barranquilla el que debe conocer del proceso contra José Ramón Gnecco y otros por incendio y saqueo de la lancha Nueva A B C. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. .... 365

**Jurisdicción y competencia. — Competencia absoluta y relativa. —** Se dirime la colisión de competencias suscitada entre los Jueces

<u>PÁGS.</u>	<u>PÁGS.</u>
2º Superior de Cartagena y 3º Superior de Barranquilla señalando al último de ellos como competente para conocer del proceso contra Carlos Lafaurie Bolívar por estafa y falsedad. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez .....	369
<b>Intervención en política por parte de funcionarios de la rama jurisdiccional.</b> — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá de 9 de marzo de 1948 por el cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Rafael Afanador Ruiz por abuso de autoridad (intervención en política) como Juez del Circuito Penal de Girardot. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez	375
<b>Delitos de rapto y estupro. — Delitos conexos. Colisión de competencias.</b> — Se declara que es el Juez Superior de Pereira y no el de Manizales el competente para conocer del proceso contra Laureano García por rapto y estupro. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. ....	378
<b>Delito de falso testimonio. — Interpretación del artículo 193 del C. P. — Penas accesorias. — Cuándo hay lugar a su aplicación, siendo la principal la de arresto. — Inválidase la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el proceso contra Antonio Osorio Duque por falso testimonio, y se condena a éste a 6 meses de arresto e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, en lugar de la impuesta por el Tribunal. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez .....</b>	<b>381</b>
<b>Presupuestos legales para el adelantamiento de una investigación criminal.</b> — Se declara que no es el caso de abrir investigación alguna contra el doctor Manuel Garcés Valencia, Intendente Nacional de San Andrés y Providencia, por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. ....	390
<b>Colisión de competencias entre el Juez Superior Militar de la 5ª Brigada y el Juez 3º Superior de Bucaramanga.</b> — Se dirime la colisión en el sentido de declarar competente para conocer del proceso contra Luis A. Cañón Granados y otros por homicidio, lesiones personales y robo a la justicia ordinaria. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. ....	392
<b>Cambio de radicación de un proceso penal. — Términos procesales. — Razón jurídica de las normas que los fijan.</b> — Conceptúa la Corte que los solicitantes y demás procesados por los sucesos de Gachetá el diez de enero de 1939 pueden ser juzgados en un Distrito distinto a aquellos en que se cometió el delito y se ha seguido el proceso. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno	397
<b>Demanda de casación. — Nulidades.</b> — No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso contra Joaquín María Guzmán Pino por lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada .....	402
<b>Causal primera de casación. — Incapacidad y perturbación funcional. — Reconocimientos médicos.</b> — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el proceso contra Manuel Antonio Castro por el delito de lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno .....	404
<b>Grave e injusta provocación. — Diferencia entre la circunstancia modificadora del artículo 28 del C. P. y la de menor peligrosidad del artículo 38 del mismo código.</b> — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el proceso contra Pedro Antonio Pérez por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno .....	408
<b>Nulidades. — Contraevidencia del veredicto. — Graduación de la sanción. — Requisitos de la demanda de casación.</b> — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el proceso contra Jorge Medina Sarmiento y Juan de Jesús Sarmiento por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez .....	412
<b>Abuso de autoridad. — Qué se requiere para que el error en la interpretación o en la apli-</b>	

<u>PÁGS.</u>	<u>PÁGS.</u>
<p><b>casación de la ley configure este delito.</b> — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores José Antonio Vázquez Otero, Máximo H. Martínez y Vicente Vernaza Gómez por los cargos que contra los dichos Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali formuló el señor Abelardo Restrepo Vélez. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 417</p>	<p>el proceso contra Hernando Escobar González por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ..... 434</p>
<p><b>Abuso de autoridad. — Demoras.</b> — Se confirma el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Pereira contra el doctor Gerardo Aguirre Calle por el delito de abuso de autoridad. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada ..... 423</p>	<p><b>Nulidades. — Término para la celebración de la audiencia. — Traslados.</b> — No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Hernando Vaca Torres por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada ..... 438</p>
<p><b>Recurso de hecho. — Cuando puede interponer casación la parte civil.</b> — Se concede el recurso de casación interpuesto de hecho por el representante de la parte civil en el proceso contra Luis Rodríguez por el delito de lesiones personales, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. .... 425</p>	<p><b>Recurso de hecho. — Casación por perjuicios civiles. — Interpretación del artículo 559 del C. de P. P. — Qué se debe entender por la cuantía de la casación en este caso.</b> — Se concede el recurso de casación interpuesto de hecho por la parte civil contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso seguido a Gonzalo Leañó Leañó por lesiones personales. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada ..... 441</p>
<p><b>Diferencia entre interposición y fundamentación del recurso de casación. — Qué debe entenderse por lo segundo.</b> — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por Esteban Barrera Vásquez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el proceso contra el mismo por lesiones personales culposas. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 428</p>	<p><b>Causal 3ª de casación.</b> — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona y se declara nulo parcialmente el proceso seguido contra Gonzalo Rojas Ortega y José Alfonso Pabón Rincón por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. . 443</p>
<p><b>Prescripción de la acción penal. — Cesación del procedimiento. — Consulta.</b> — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual no se accedió a declarar la nulidad pedida por el doctor Antonio Valencia Restrepo en el proceso que se le sigue por abuso de autoridad consistente en intervención en política. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada ..... 431</p>	<p><b>Abuso de autoridad. — Omisión o retardo en el cumplimiento de funciones públicas.</b> — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el proceso contra el doctor Julio César Martínez por delitos de responsabilidad. — Magistrado ponente, doctor Domingo Sarasty M. .... 450</p>
<p><b>Límites de la facultad jurisdiccional frente al veredicto del Jurado. — Grave e injusta provocación.</b> — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en</p>	<p><b>Causal primera y tercera de casación. — Requisitos para que la riña obre dentro del proceso como circunstancia atenuante.</b> — En el proceso contra Mesías Salazar por homicidio, se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que lo condenó a presidio. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez ..... 454</p>
	<p><b>Riña y grave e injusta provocación. — Diferencia entre una y otra.</b> — No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso contra Argemiro Paz Zapata por el delito de lesiones perso-</p>

PÁGS.	PÁGS.
nales. — Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada .....	458
<b>Prueba de la violencia en el robo. — Diferencia subjetiva y objetiva entre hurto y robo. Valor probatorio del denuncia. — Causal segunda de casación. — Interpretación de los numerales 1º y 2º del artículo 37 del C. P. — Diferencias de las dos circunstancias de mayor peligrosidad. — Reincidencia. — Interpretación del artículo 34 del C. P. — Tercera reincidencia. — Fundamento de la condena a relegación a colonia penal agrícola. — Cómputo de la tercera reincidencia. — Elementos constitutivos de la habitualidad en el delincuente. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso seguido contra Francisco Marino Vallejo Angélica por el delito de robo. — Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez .....</b>	<b>461</b>
<b>SALA DE NEGOCIOS GENERALES</b>	
<b>Se declara infundada la oposición del Municipio de San Sebastián de Buenavista a la propuesta de la Sociedad Industrial de Petróleos para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles .....</b>	<b>474</b>
<b>Objeciones a un dictamen pericial. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Ibagué, dictado en el ordinario de Juan de la Rosa Ramírez contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles ..</b>	<b>477</b>
<b>Perjuicio futuro. — Interpretación del artículo 723 del C. J. — En el incidente de liquidación de los perjuicios que la Nación debe pagar al doctor José de Jesús Pulécio, se reforma el auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, y se fija en \$ 54.474.28 el monto de tales perjuicios. — Ponencia de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Ramón Miranda .....</b>	<b>480</b>
<b>Salvamento de voto de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Víctor Cock ...</b>	<b>494</b>
<b>Se reforma el auto anterior. — Perjuicio fu-</b>	
<b>turo. — La Sala, reformando su propia providencia del 17 de marzo, fija en la cantidad de \$ 104.342.76 el monto de la indemnización que la Nación debe pagar al doctor José de Jesús Pulécio por los perjuicios sufridos en el accidente aéreo de Santa Ana. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles</b>	<b>498</b>
<b>Aclaración de sentencias. — Improcedencia de la aclaración en tratándose de autos interlocutorios. — Diferencia entre éstos y aquellas. — Término para pedir la aclaración. — Requisitos para que la solicitud de aclaración sea procedente. — Presupuestos para la aplicación de la facultad contenida en el artículo 721 del Código Judicial. — No repone la Sala su providencia de 18 de agosto de 1948, dictada en el incidente de liquidación de perjuicios dentro del juicio ordinario de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ....</b>	<b>505</b>
<b>Acción de responsabilidad civil extracontractual. — Personas contra las cuales puede ejercerse. — Presunción de culpabilidad. — Casos en que no es aplicable esta presunción. — Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por María Lucrecia Forero v. de Flórez contra la Nación, por perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ....</b>	<b>509</b>
<b>Acción posesoria por ocupación por parte de la Nación de una zona de terreno de propiedad particular para realizar trabajos públicos. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales dictada en el juicio posesorio de Fidel Márquez contra la Nación, el Departamento de Caldas y otro. Magistrado ponente, doctor Belisario Agudelo D. ....</b>	<b>518</b>
<b>Testimonio. — Requisitos para que puedan ser apreciadas en juicio las declaraciones rendidas fuera de él. — Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Miguel J. Ceballos y Doraliza Durán contra la Nación, por perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Luis A. Flórez .....</b>	<b>520</b>

## PÁGS.

## PÁGS.

**Nulidad del juicio y nulidad de las sentencias.**

**Suspensión de términos.** — Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Jorge y Alvaro Valencia contra la Nación, por perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 525

**Influencia del proceso penal en el juicio civil,**

**Procedimiento a seguir cuando la acción de reparación va dirigida contra un tercero.** — Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario seguido por Cecilia Prado v. de Arizabaleta contra el Departamento del Valle, y se absuelve al demandado de los cargos de la demanda. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 534

**Emplazamiento.** — Cuando es necesario. —

Quando no se requiere. — Caso del juicio de expropiación. — Indebida representación en el juicio. — Cuando hay lugar a ella. — Prueba que se requiere para que prospere la acción de nulidad de un juicio ejercida en proceso separado. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, dictada en el juicio ordinario de Ida Matute Gómez de Grounweld e Isola Matute Gómez contra la Nación, sobre revisión de un juicio de expropiación. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles .... 538

**Pruebas en el proceso.** — Manera cómo deben pedirse. — Se confirma la providencia del

Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual éste negó la práctica de unas pruebas en el juicio ordinario de Pedro Delgado Gutiérrez y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Luis Rafael Robles' ..... 543

**Acción de indemnización de perjuicios.** — In-

competencia de jurisdicción. — Su decisión debe ser objeto de previo pronunciamiento. Competencia para conocer de la indemnización de perjuicios por actos administrativos. Se declara nulo lo actuado a partir de la notificación de la demanda, en el juicio ordinario seguido por Guillermo A. Serrano Uribe contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Belisario Agudelo D. .... 545

**Interpretación del artículo 8º de la ley 69 de**

1945. — Procedimientos para la imposición de las sanciones allí mismo señaladas. — Noción de interés jurídico para el ejercicio de una acción. — Características del procedimiento de oficio. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio sumario seguido por Rubén Muñoz I. contra el Dr. Teodulfo Dulce. Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez ... 548

**Responsabilidad del Estado por el hecho de**

agentes suyos. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Leopoldo Flórez contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 551

**ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS  
TALLERES GRAFICOS „MUNDO AL DIA,  
CALLE 14, No. 13-56 — TELEFONO 14-325**

---

**Para pedidos y suscripciones llame al teléfono  
No. 14-325, y será atendido inmediatamente**

# GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXV - BOGOTA, COLOMBIA. - MARZO Y ABRIL DE 1949 - NUMEROS 2070 - 2071

## SALA PLENA

### CARACTERISTICAS JURIDICAS DE LA LEY ORGANICA DEL PRESUPUESTO

1.—El artículo 210 de la Constitución, principalmente, consagra los siguientes principios: a) Es al Congreso a quien le corresponde establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; b) La expedición del presupuesto se hará en cada Legislatura **ESTRICTAMENTE DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE LA LEY RESPECTIVA**; y, c) En el presupuesto no se puede apropiar partida alguna que no haya sido propuesta a la respectiva Comisión permanente, y que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido. Sobre decir, por tanto, que la contravención a cualquiera de estas tres condiciones fundamentales, constituye una infracción a la Carta, pues, de lo contrario, si no lo fuera, no hubiera sido necesario realizar el esfuerzo de elevar a la categoría de normas constitucionales éstas de que se viene hablando, precisamente “para imponer el orden en la hacienda pública, al elaborar el Presupuesto, al gastar los fondos y al controlarlos”.

2.—No es la ley de presupuesto sino en su puro sentido formal una de aquéllas que tenga carácter de acto legislativo con todos los atributos propios de él, pues ella solamente se expide para un período fiscal —un año— agotado el cual, la dicha ley deja de sobrevivir. Además, no tiene ella la permanencia que en el tiempo requiere toda ley. He ahí la razón en virtud de la cual, de conformidad con el régimen constitucional vigente,

a partir de la reforma de 1945, la ley anual no puede expedirse sino con sujeción a ciertos rigurosos y estrictos preceptos señalados en la Carta o regulados en virtud de una ley especial —la orgánica del presupuesto— a la cual defiere la Constitución.

3.—No puede afirmarse perentoriamente que existan leyes de mayor o mejor categoría unas en relación con otras, pero es lo cierto que ésta orgánica del presupuesto ocupa una posición muy distinta por querer del Constituyente, puesto que él mismo, de modo expreso, ordenó al Legislador sujetarse a ella de una manera tan ostensible que no hay lugar a vacilación alguna sobre el particular. No obstante ser, por lo menos en la forma, tanto la ley orgánica del presupuesto como las que anualmente se expiden en función de ella, leyes de igual categoría, resulta que las segundas obedecen ineludiblemente a un orden de precedencia en el cual la ley 64 de 1931, por su prelación temporal, somete a las posteriores a determinados requisitos de forma y de fondo, con tal fuerza subordinante que las segundas no pueden operar independientemente de la primera que las rige y las hace acomodar a sus preceptos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, setiembre treinta de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola)

El doctor Oswaldo Rengifo, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide a la Corte que declare la inexecutable del artículo 45 de la ley 60 de 1946, correspondiente a la de presupuesto nacional del año fiscal que transcurre de enero 1º al 31 de diciembre de 1947.

El artículo acusado dice:

“Con los aportes que la Nación hubiere hecho o hiciera para el saneamiento y traslado del barrio obrero Alfonso López de Popayán, se formará un fondo de acuerdo con el plan determinado en el Decreto Ejecutivo número 1541 de mayo de 1946”.

El demandante afirma que la anterior disposición es contraria a los artículos 210, 16 y 30 de la Carta Fundamental. Sus argumentos se resumen así:

Hay violación del artículo 210 de la Constitución por cuanto éste estableció que “en cada legislatura y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva se expedirá el presupuesto general de rentas y la ley de apropiaciones”. La ley respectiva a que se refiere la norma anterior, viene a ser la 64 de 1931 “Orgánica del Presupuesto” y ésta última ordena a su vez que el mismo se dividirá en tres partes que son: a) Cálculo de rentas; b) Presupuesto general de gastos, y, c) Disposiciones generales “que contendrá aquellas normas relacionadas con las rentas y gastos computados que se estimen oportunas para la ejecución del presupuesto que trata de expedirse”. Como la disposición acusada es extraña a la ejecución del presupuesto, —agrega el demandante— ella viola el mandato expreso contenido en el artículo 210 de la Constitución Nacional.

b) También se infringe el artículo 16 de la Carta que dice:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Como la ley 84 de 1931 impuso a la Nación una obligación consistente en hacer un estudio sobre saneamiento del barrio Alfonso López de Popayán o su traslado a otro sitio y una vez hecho éste comparar qué obra era más fácil por los aspectos técnico, económico, higiénico y de conveniencia, para decidirse por uno de ellos, y, el saneamiento del barrio Alfonso López constituye un deber social del Estado, resulta que la determinación de gravar a los ciudadanos con esta medida, exigién-

doles la devolución de las sumas gastadas en tales obras, como lo dispuso el Decreto 1541 de 1946 que vino a corroborar el artículo acusado de la ley 60 de 1946, es un atentado al artículo 16 de la Carta que antes se mencionó.

c) El artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza los derechos adquiridos, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Al consagrarse en la ley 84 de 1931 un derecho en beneficio de los habitantes del barrio Alfonso López, el artículo 45 de la ley 60 de 1946, que es ley posterior, violó un derecho adquirido por cuanto establece la obligación de reembolsar al Estado los gastos hechos en la labor de saneamiento de que se viene hablando.

Se considera:

El artículo 210 de la Constitución Nacional tiene como aplicación y fundamento de su expedición, el hondo interés desde hacía mucho tiempo sentido por la colectividad colombiana expresado concretamente por el Gobierno que sostuvo la necesidad de una reforma tendiente a evitar el caos producido con anterioridad por el desorden en el manejo y derroche de los fondos públicos. Por eso, al discutirse la reforma constitucional de 1945, el entonces Ministro de Gobierno al solicitar esta trascendental innovación, se expresó de la siguiente manera:

“Desde los tiempos de la Misión Kemmerer se viene luchando por imponer orden en la hacienda pública al elaborar el presupuesto, al gastar los fondos, al controlarlos. Pero después de la legislación que se adoptó inicialmente con ese propósito, congresos y gobiernos han venido, al amparo de circunstancias excepcionales, luchando silenciosamente por destruir esas trabas y hoy, prácticamente, no existen”. (Explicación del señor Ministro de Gobierno, doctor Alberto Lleras Camargo, sobre la reforma constitucional).

Las anteriores ideas vinieron a plasmarse en la Reforma Constitucional por medio de los artículos 210, 211 y 212. La trascendencia, importancia y beneficios futuros que se derivan de estos nuevos textos, relativos todos a la forma y contenido de la ley de presupuesto anual, es suficientemente conocida y advertida por el pueblo colombiano. El artículo 210, principalmente, consagra los siguientes principios: a) Es al Congreso a quien le corresponde establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; b) La expedición del presupuesto se hará en cada legislatura estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva;

c) En el presupuesto no se puede apropiarse alguna que no haya sido propuesta a la respectiva Comisión Permanente, y que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido. Sobra decir, por tanto, que la contravención a cualquiera de estas tres condiciones fundamentales, constituye una infracción a la Carta, pues, de lo contrario, si no lo fuera, no hubiera sido necesario realizar el esfuerzo de elevar a la categoría de normas constitucionales éstas de que se viene hablando, precisamente "para imponer el orden en la Hacienda Pública, al elaborar el presupuesto, al gastar los fondos y al controlarlos".

De esos tres requisitos fundamentales que ya se recordaron, el segundo, que se refiere a un orden concreto y determinado, explicado en un mandato diferente de la Constitución misma, indica claramente cómo se definió "con sujeción estricta" a las reglas de "la ley respectiva". No es solamente en esta ocasión cuando el Constituyente ordena recurrir o deferir a una ley especial. Bastaría recordar, por vía de ejemplo, los casos previstos en los numerales 4º del artículo 119, y 5º, 12, 14, 15 y 18 del artículo 120 de la ley fundamental. No podría, por consiguiente, sin violar la Constitución Nacional, el Presidente de la República ejecutar alguna o algunas de las atribuciones y deberes a él conferidos en esos casos, sin subordinarse por entero a lo que manden las leyes sobre la materia.

Es sabido que por virtud de la Ley 64 de 1931 se operó en el país una evolución trascendental en materia de régimen presupuestal, modificando así la anterior vigente sobre el particular, o sea, la ley 34 de 1923. Para realizar ese progreso fue preciso obtener el concurso de expertos extranjeros que con los nacionales, estudiaran la manera de garantizar en un cuerpo legal de vigencia indefinida ciertos principios y normas que habrían de hacer sujeta al Gobierno y al Congreso a la observancia de preceptos técnicos sobre esa materia. A ese instrumento, precisamente por sus especiales características se le dio el nombre de "Ley Orgánica del Presupuesto Nacional". Dicho estatuto ha venido cumpliéndose aunque en forma relativa debido a la posibilidad de que sea el mismo legislador quien lo desobedezca precisamente por carencia de un precepto superior que lo proteja. Pero este mal ha sido ya subsanado en virtud de la Reforma Constitucional que pone fin a ese vicio.

En su artículo 2º, la Ley Orgánica del Presupuesto ordena:

"El presupuesto se dividirá en tres partes:

"La primera parte denominada Presupuesto de Rentas contendrá una relación de las entradas que se estima habrán de recaudarse y de necesitarse para el año fiscal al cual se refiere el presupuesto.

"La segunda parte, denominada Presupuesto de Gastos, contendrá una relación detallada de las apropiaciones requeridas para el mismo período, y

"La tercera parte denominada Disposiciones Generales, contendrá aquellas normas relacionadas con las Rentas y Gastos computados que se estimen oportunas para la ejecución del Presupuesto que trata de expedirse".

Este texto es idéntico en su esencia al artículo 3º del proyecto que fue presentado por el entonces Ministro de Hacienda, doctor Francisco de Paula Pérez, aunque, al finalizar, figuraba en dicho artículo la siguiente explicación:

"Estas disposiciones generales regirán sólo durante el año fiscal para el cual se expidan. Tales disposiciones no crearán nuevos impuestos, ni abolirán los impuestos que existan, ni derogarán las leyes vigentes, ni anularán las obligaciones contractuales del Estado".

Este apéndice que figuraba en el Proyecto y que fue eliminado contiene una simple explicación de lo que se quiso ordenar por medio de la parte principal. Parece suceder que haya sido suprimido por innecesario, aunque demuestra con claridad que en el pensamiento de sus gestores estaba la idea de no permitir en la ley anual de presupuesto la inclusión de textos ajenos a esa materia, pues, es obvio, que una ley que para su expedición exige requisitos diferentes a los de otras leyes y que concreta toda su finalidad al ordenamiento y expedición de un presupuesto, no puede ni debe referirse a materias extrañas a esa misma intención.

Es sabido que en el Derecho Público la ley sobre presupuesto no es considerada como tal sino en un sentido puramente formal pues, su mismo contenido la señala como uno de los diversos actos-condiciones, ya que el cálculo de las rentas viene a ser la condición para que pueda ejecutarse la acción de distribuir éstas en forma de gastos destinados al sostenimiento del servicio público.

No es la ley de presupuesto, como se ha dicho antes, sino en su puro sentido formal una de aquellas que tengan carácter de acto legislativo con todos los atributos propios de él, pues ella solamente se expide para un período fiscal —un año— agotado el cual la dicha ley deja de sobrevivir. Además, no tiene ella la permanencia que en el tiempo requiere toda ley. He ahí la razón en vir-

tud de la cual de conformidad con el régimen constitucional vigente a partir de la reforma de 1945, la ley anual no puede expedirse sino con sujeción a ciertos rigurosos y estrictos preceptos señalados en la Carta o regulados en virtud de una ley especial —la Orgánica del Presupuesto— a la cual defiere la Constitución.

¿Cuál es, entonces, el carácter propio de la ley 64 de 1931, "Orgánica del Presupuesto Nacional" a la que defiere la Constitución de modo tan expreso? ¿Se trata de una simple ley común que puede ser alterada o violada por el legislador cuantas veces lo desee, sin que por eso se modifique en lo más mínimo el principio constitucional que ordena obedecerla? ¿Es ésta una ley jerárgicamente superior a las otras?

Cuando la Constitución en su artículo 210 ordena que "en cada legislatura y estrictamente de acuerdo con la ley respectiva se expedirá el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiações", no puede entenderse otra cosa que la referencia o sujeción a un cuerpo legal ya existente en el cual se establece la manera de regular la formación, elaboración y expedición del Presupuesto. En la actualidad dicha ley no es otra que la 64 de 1931 "Orgánica del Presupuesto Nacional", vale decir, que al cumplirse por el legislador esta trascendental función cada año, debe acomodar su conducta de un modo "estricto" a esa Ley Orgánica.

No puede afirmarse perentóriamente que existan leyes de mayor o mejor categoría unas en relación con otras, pero es lo cierto que ésta orgánica del presupuesto o sea la 64 de 1931, ocupa una posición muy distinta por querer del Constituyente puesto que él mismo, de modo expreso ordenó al Legislador sujetarse a ella de una manera tan ostensible que no hay vacilación alguna sobre el particular. No obstante ser, por lo menos en la forma, tanto la ley orgánica del presupuesto como las que anualmente se expiden en función de ella, leyes de igual categoría, resulta que las segundas obedecen ineludiblemente a un orden de precedencia en el cual la ley 64 de 1931 por su prelación temporal somete a las posteriores a determinados requisitos de forma y de fondo, con tal fuerza subordinante que las segundas no pueden operar independientemente de la primera que las rige y las hace acomodar a sus preceptos.

Puesto que la Ley Orgánica del Presupuesto fue elaborada de acuerdo con la técnica y atendiendo primordialmente a la realidad fiscal de la Nación, con un cierto sentido de permanencia indefinida que en la práctica ha resultado útil y, además, si

se tiene en cuenta que ella con gran previsión señaló pautas para el futuro no solamente con respecto al Gobierno sino también para el Congreso resulta aceptable afirmar entonces que todas sus disposiciones deben ser cumplidas de modo "estricto" como lo dispone la Constitución, es decir, "ajustándose enteramente a la necesidad o a la ley". De consiguiente, cuando el artículo 210 de la Constitución ordena que la ley de presupuesto debe elaborarse "con sujeción estricta a la ley respectiva", es decir, a la 64 de 1931, todo está demostrando que esos moldes son de rigurosa aplicación por el Legislador que anualmente cumple la función de expedir el acto presupuestal.

En el caso actual no se trata propiamente de un vicio de forma en la ley acusada, sino de una prescripción más sustancial, por lo cual no es necesario afrontar la discusión sobre la competencia de la Corte cuando se trate de actos meramente preparatorios de la ley o que miran a su formación.

Confrontado el artículo 45 de la ley 60 de 1946 con las regulaciones de la ley orgánica del presupuesto, resulta un cuerpo verdaderamente extraño dentro del conjunto de disposiciones expedidas para el año fiscal de 1947, que no se compadece en manera alguna con los preceptos de la ley 64 de 1931 y que peca abiertamente contra la técnica legislativa a que debe acomodarse la ley anual, a más de violar claramente la Constitución Nacional cuando ésta ordena que debe subordinarse por entero a aquélla, razón por la cual debe ser declarado inexecutable.

En cuanto se refiere a los otros dos motivos de inexecutable alegados por el demandante contra el artículo 45 de la ley 60 de 1946, no considera la Corte que haya necesidad de estudiarlos porque ya se halló comprobado un motivo suficiente de inexecutable y por eso se omite la consideración de ellos.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, **DECLARA INEXEQUIBLE** el artículo 45 de la ley 60 de 1946.

Cópiese, notifíquese, dése aviso al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a las Honorables Cámaras Legislativas y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

Con salvamento de voto, **Ramón Miranda**. — **Germán Alvarado**. — **Francisco Bruno**. — Con salvamento de voto, **Pedro Castillo Pineda**. — Con

alvamento de voto, Anibal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Con salvamento de voto, Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Con salvamento de voto, Ricardo Hinestrosa Daza. — Ricardo Jordán Jiménez. — Alvaro Leal Morales. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Con salvamento de voto, Hernán Salamanca. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

#### ACLARACION

Sostuvimos en las discusiones que por vicios de forma no está facultada la Corte para declarar inexecutable las leyes; pero la disposición acusada no está en ese caso, porque su inexecutableidad no depende sólo de la ubicación en la Ley de Presupuesto, a la manera de cualquier ordenamiento, "incorporado dentro del marco de una ley distinta".

Es claro que por esta razón la impugnación sería de antitecnicismo, lo que nada significa ante la función del control de la constitucionalidad de las leyes.

Se trata aquí, como lo dice el fallo, de "una prescripción más sustancial".

Es que en nuestro sentir, la inconstitucionalidad puede consistir: a) En irregularidades en la formación de las leyes (vicio formal); b) En oposición del texto legal a una norma constitucional (inconstitucionalidad material o de contenido), y c) En carencia o limitación de atribuciones del Legislativo (incompetencia radical: absoluta o relativa).

Tal concepto es cosa muy distinta de la preferencia en la iniciativa de ciertas leyes (artículo 80° de la Constitución).

Los vicios de las letras b) y c) son sustanciales

o de fondo. Sobre esta tesis, que constituye nuestra opinión, podríamos aducir muchos argumentos, que omitimos, porque no queremos plantear una polémica, sino hacer una aclaración.

Hay constituciones, como la alemana y la cubana, donde no se permite incluir en la Ley de Presupuesto disposiciones de carácter permanente e indefinido, extrañas a él, a semejanza de la ley acusada.

En nuestro Estatuto Fundamental la prohibición no es explícita. Ella emerge del artículo 210 que dice que "en cada legislatura y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva, se expedirá el presupuesto". De ahí concluimos que la Ley de Presupuesto está sometida en su expedición a ciertas normas que deben cumplirse en función de la Constitución, como ocurre en otros varios casos que se podrían citar.

Cuando la ley 64 de 1931 prescribe, en el artículo 2º, cuáles son las disposiciones que ha de contener la Sección Tercera, excluye, por principios de hermenéutica, la inclusión allí de disposiciones de otra naturaleza. Vale decir que por estas normas se ha tecnificado el presupuesto.

Hay, pues, una prohibición implícita que es preciso acatar por ministerio del artículo 210 de la Constitución. Si se desobedece, el legislador se sale del radio de sus facultades, lo cual es para nosotros un vicio de incompetencia radical.

Lo expuesto es suficiente para dar más consistencia a nuestro voto.

Bogotá, 30 de septiembre de 1947.

Eleuterio Serna R. — Víctor Cock.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HONORABLES MAGISTRADOS DOCTORES  
RAMON MIRANDA, RICARDO HINESTROSA DAZA, HERNAN SALAMANCA  
PEDRO CASTILLO PINEDA Y AGUSTIN GOMEZ PRADA

## I

Se funda la declaratoria de inexecutable de la norma acusada en el único motivo de haberse expedido como disposición general de la ley 60 de 1946, sobre presupuesto de rentas y apropiaciones para el período fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1947.

En concepto de los distinguidos Magistrados que suscriben sin reservas la decisión acordada, se ha incurrido con este procedimiento en violación manifiesta de la Carta Fundamental, en su artículo 210, por cuanto al ejercer el Congreso su facultad de establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración debió, y no lo hizo, sujetarse "estrictamente a las reglas de la ley respectiva", que es la número 64 de 1931, orgánica del Presupuesto Nacional. Ahora bien, como ésta dispone que tal acto se divida en tres partes, que respectivamente comprenden el cálculo de las rentas recaudables en el año fiscal correspondiente, las apropiaciones requeridas para los gastos de la administración durante el mismo período, y la última —denominada disposiciones generales— deberá contener aquellas normas relacionadas con los gastos y rentas computados que se estimen oportunas para la ejecución del presupuesto, concluye el fallo que se ha quebrantado este mandato al haberse incluido en esta última sección —como artículo 45 de la misma— una disposición por completo ajena al ejercicio de la actividad presupuestal.

Para mejor inteligencia de las observaciones que van a formularse a las conclusiones de la resolución de inconstitucionalidad, conviene reproducir el pasaje en que se concreta el pensamiento cardinal de la mayoría falladora:

"En el caso actual no se trata propiamente de un vicio de forma en la ley acusada, sino de una prescripción más sustancial, por lo cual no es necesario afrontar la discusión sobre la competencia de la Corte cuando se trata de actos meramente preparatorios de la ley o que miran a su formación. Confrontando el artículo 45 de la ley 60 de 1946 con las regulaciones de la ley orgánica del presupuesto, resulta un cuerpo verdaderamente extraño dentro

del conjunto de disposiciones expedidas para el año fiscal de 1947, que no se compadece en manera alguna con los preceptos de la ley 64 de 1931, y que peca abiertamente contra la técnica legislativa a que debe acomodarse la ley anual, a más de violar claramente la Constitución Nacional cuando ésta ordena que debe subordinarse por entero a aquélla, razón por la cual debe ser declarada inexecutable".

No niegan los suscritos la cabal razón que contiene la crítica anterior de la Corte respecto a la falta de técnica que comporta la incorporación en la ley anual del presupuesto de disposiciones destinadas a proveer sobre materias extrañas a los ingresos del Tesoro, al cómputo de los gastos o a la mecánica de la administración fiscal; por este aspecto el procedimiento usado por las Cámaras puede ser censurable, no únicamente por la inclusión en la ley 60 del artículo materia de la tacha de inexecutable sino de toda una serie de ordenamientos en absoluto extraña a la materia del presupuesto expedido para la presente vigencia.

Comparten integralmente los Magistrados disidentes los reparos que a este propósito se sugieren, desde luego que el buen orden en el manejo de la hacienda nacional y las características especiales que conforman jurídicamente el acto — condición denominado presupuesto imponen la necesidad de que éste no aparezca confundido con normas de carácter permanente o transitorio que no se refieran específicamente al recaudo de los ingresos o al manejo de las apropiaciones, decretadas por leyes anteriores. A tal extremo resulta importante la tecnificación de este instrumento de la actividad fiscal que en muchos países existen preceptos positivos —ya en la ley ordinaria o en la Constitución— que prohíben en forma expresa que se mezclen al presupuesto provisiones extrañas al cálculo y administración de las rentas y gastos anuales del Estado.

Empero, es elemental que el desconocimiento o la desviación de estos principios dominantes en la ciencia de la hacienda pública, no acarrear necesariamente dentro del régimen institucional colombiano la sanción de inexecutable proferida

por la Corte, ya que la guarda de la Constitución a ella encomendada —aún en su expresión más amplia— nada tiene que ver con la tecnificación de las funciones legislativas que a las Cámaras compete. Los errores o irregularidades técnicos que suelen tener las leyes son cosa bien distinta de los vicios de inconstitucionalidad, únicos que caen bajo la tutela jurisdiccional de la Corte para someterlas al imperio de la superlegalidad; y de ahí resulta que este motivo es manifiestamente inocuo como fundamento de invalidez de un acto del Congreso.

## II

Menos consistente es el argumento de irregularidad del artículo acusado —45 de la ley 60— por el aspecto de que este ordenamiento no se hubiera ajustado a las prescripciones de la 64 de 1931, produciéndose así una violación del artículo 210 de la Carta fundamental.

Aun aceptando sin reservas de ningún género —y adelante ha de verse que esto no es jurídicamente así— la tesis de que toda pretermisión o inobservancia de las reglas contenidas en la ley orgánica del presupuesto ocasiona inexorablemente un vicio de inconstitucionalidad, es necesario examinar cuáles son las consecuencias y las conclusiones que de tal hipótesis han de derivarse, o en otros términos, el alcance del pronunciamiento de inexequibilidad que la Corte está obligada a hacer en tal evento.

En las deliberaciones de la Sala se sostuvo por alguno de los suscritos —y aquí repite— que habiendo la Constitución y la ley orgánica fijado regulaciones especiales para la expedición del presupuesto, y estimándose que una violación de tales preceptos acarrea la irregularidad sustancial del acto, no es discutible siquiera que la sanción de inexequibilidad deberá lógicamente recaer sobre las disposiciones que se apartaron del mandato a que debieron someterse, y de ninguna manera sobre las demás que sean extrañas a la ley de presupuesto y para dictar válida y eficazmente las cuales no existe reglamentación particular ninguna.

Ocurre en el presente caso que el artículo 45 se ha considerado por la Corte como una provisión enteramente ajena al conjunto de las disposiciones que integran el presupuesto de la vigencia en curso; es, como reza la sentencia, “un cuerpo verdaderamente extraño” dentro de la ley 60; y, sin embargo, no se ha vacilado en proferir contra este

artículo la declaración de inexequibilidad demandada.

No podemos, por consiguiente, compartir tampoco en este extremo la resolución mayoritaria, ya que si la norma objeto de la acción no es en sí misma contraria en su esencia a los preceptos de la Carta, como el fallo lo reconoce; y si por otra parte su expedición por el Congreso no está sujeta a requisito o ritualidad especial de ningún género, lógicamente su consistencia constitucional es inatacable.

En una palabra, los razonamientos de la Corte podrían llevar para quienes los comparten integralmente a la consecuencia de que hay un vicio que afecta las disposiciones relativas al presupuesto —procediendo al efecto una declaratoria de inexequibilidad de los artículos que lo contienen, caso de haberse demandado así— pero jamás aplicar ordenamientos distintos, regulaciones no establecidas en la Constitución o en la ley respecto a ellos, porque con esto desorbita la esfera de sus atribuciones.

## III

La vigente carta política de la República contiene un conjunto de prescripciones enderezadas a regir la actividad y el manejo de la hacienda nacional, entre las cuales se destacan las que confieren al Congreso la facultad de dictar las reglas necesarias para la formación del presupuesto (artículo 76, ordinal 4º); las que ordenan que en cada legislatura se expida este acto —el cual se concreta en la determinación de las rentas y de los gastos de la administración nacional— de acuerdo con las reglamentaciones de la ley orgánica preexistente; las que prohíben la apropiación de partidas que no hubieran sido propuestas a la respectiva comisión permanente y que no correspondan a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito reconocido judicialmente (artículo 210); y, por último, las que proveen a la conservación del equilibrio presupuestal mediante la prohibición tanto al Ejecutivo como a las Cámaras de proponer aumentos o inclusión de un nuevo gasto en el proyecto presentado al Congreso, y las que permiten a éste eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno (artículo 211).

Dentro de este catálogo de normas superiores, es evidente que algunas tienen un carácter sustantivo, porque son esenciales para la conservación del equilibrio presupuestal, para la ordenada función fiscal del Estado; y de ahí que su transgresión por

el legislador ordinario acarree la consecuencia jurídica de la inexecutable. Ello quiere decir —valga la ejemplarización— que si el artículo de la ley 60 que ahora se acusa, en vez de contener un mandato extraño al presupuesto, fuera por el contrario la incorporación de una partida no decretada por la ley anterior o el aumento de un gasto, en las condiciones previstas en el artículo 211, se trataría de un vicio de fondo, de una inconstitucionalidad esencial e irreparable.

Pero el precepto que ordena al Congreso acomodar la expedición del presupuesto estrictamente al imperio de la ley respectiva no tiene, no puede tener el mismo carácter, sino uno muy distinto, que es necesario conocer y distinguir para la acertada solución de los problemas que llegue a plantear su calificación constitucional.

En efecto, la ley 64 de 1931, reputada como la ley normativa del presupuesto nacional expresa la voluntad del legislador ordinario de someter a determinado régimen y a ciertos métodos previstos de antemano la presentación por el Gobierno del estado anual que distribuye los ingresos públicos y los gastos de la administración; de acomodar a especiales regulaciones el procedimiento de deliberación y votación en las Cámaras de aquel acto; y de otro lado, imponer un acervo de prescripciones sustantivas tendientes a evitar el desequilibrio entre las rentas y las apropiaciones de los gastos públicos, a restringir la iniciativa parlamentaria y gubernamental en la misma forma en que la Constitución asegura iguales propósitos.

De acuerdo con su índole esta ley —que en su esencia es un cuerpo de normas dirigidas a ordenar la conducta del Congreso y del Gobierno respecto a los deberes y facultades que en sus respectivas esferas tienen en relación con la función presupuestal— de otro lado reglamenta minuciosamente las intervenciones del Ejecutivo y de las Cámaras desde la elaboración del proyecto hasta los actos concernientes a su liquidación y ejecución. No se ha discutido nunca que regulaciones de esta última clase tengan la calidad de simples prescripciones adjetivas o formales, ni puede remitirse a duda que sería excesivo e impropio pretender sancionar con la inexecutable de la ley de presupuesto la inobservancia de mandatos que no tienen entidad sustancial de ninguna especie, como la de no imprimir una cantidad suficiente de ejemplares del proyecto para su distribución entre los miembros del Congreso (artículo 19); la modificación o alteración de la fórmula indicada en el artículo 10; la de clasificar en cuatro secciones

el origen de los ingresos, conforme al artículo 11; o la falta de algunas de las relaciones con que debe acompañarse el proyecto (artículo 28), etc.

Asimismo, la división del presupuesto en tres partes ordenada en el artículo 29, es desde todo punto de vista, incuestionablemente formal, conforme lo es también la enunciación de las materias que debe comprender cada una de las secciones señaladas en él; se trata con esto de establecer un orden y de fijar un método tanto para facilitar su estudio y consideración como las operaciones inherentes a su manejo durante la etapa de su ejecución.

Ahora bien, al prescribir la ley que la tercera parte, “denominada Disposiciones generales contendrá aquellas normas relacionadas con las rentas y gastos computados que se estimen oportunos para la ejecución del presupuesto que trata de expedirse”, puede ocurrir que se incluya en ella una disposición por medio de la cual se modifique el cálculo de los egresos, o que implique un gasto no previsto en la ley anterior. En tales eventos la ley que se dictara sería inexecutable, no porque se hubiera incorporado dentro del presupuesto sino por violatoria de expresos mandatos constitucionales. Pero si, en cambio, la disposición que se incorpora no tiene estos caracteres ni atañe, directa ni indirectamente a la ejecución del presupuesto, como ocurre con el artículo 45 objeto de la controversia, no puede oponerse la misma consideración ni dársele igual tratamiento, porque se está frente al caso de una norma que es en su esencia y también en su forma extrínseca constitucional y legalmente válida, aunque aparezca acompañada de un conjunto de disposiciones referentes a otras materias, respecto de las cuales se haya alterado o desconocido el régimen procedimental que gobierna su expedición.

#### IV

Expresa la motivación del fallo que en el caso *sub lite* no se trata propiamente de un vicio de forma en la ley acusada, “sino de una prescripción más sustancial”, pero no se ocupa de explicar el sentido de sus afirmaciones ni el criterio orientador de esta calificación.

Sin embargo, es de observar cómo al simple hecho de aparecer el acto impugnado en la ley de presupuesto no podría atribuírse jurídicamente otro cargo que el de mera informalidad procedimental. Esto es así, desde luego que si apareciera como un ordenamiento autónomo o se le hubiera

incorporado dentro del marco de una ley distinta de la número 65, la manifestación de voluntad del legislador sería perfecta e inobjetable desde el punto de vista de su conformación.

No aparece entonces —a lo menos para quienes disienten de las conclusiones adoptadas— cuál sea concretamente el motivo “más sustancial” que induce a la inconstitucionalidad declarada; y en ausencia de las explicaciones inherentes a tales motivos, sólo subsisten los razonamientos de invalidez formal expuestos en la sentencia, lo que contraría abiertamente la lógica de las conclusiones confirmadas por la Corte en cuanto a su incompetencia para conocer y decidir de las acciones de inexequibilidad por irregularidades de forma en la expedición de las leyes.

## V

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

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

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

cepto original expedido en 1910, por medio del cual se incorporó por primera vez en el derecho positivo del país el estatuto de la acción jurisdiccional contra la ley; y de esta manera pudo llegar la Sala a la conclusión de que los antecedentes de la enmienda vigente no sólo abonan la juridicidad de sus anteriores tesis sino que eliminan del plano de las posibilidades toda modificación de las mismas respecto de los límites de sus facultades en cuanto a la crítica contenciosa de los actos profesados por el legislador ordinario.

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

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

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

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

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

La modificación de este artículo, el 149 de la Constitución, consiste en atribuir a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar exequible un proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional si no se acomoda su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales. Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los de-

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

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

Mas, no habiendo sido acogidas las iniciativas en referencia hay que llegar a la conclusión forzosa de que el Constituyente de 1945, en ejercicio de su potestad soberana, quiso mantener intacto el im-

perio del anterior régimen jurídico que, de acuerdo con la reiterada interpretación de la Corte, impide a ésta extender su órbita de acción al examen de la formulación de la ley por el Congreso; y, de otro lado, limitar las atribuciones del Gobierno al veto de los proyectos de ley por motivos de inconveniencia y de inconstitucionalidad material en los mismos sin que le sea dable ampliar el ejercicio de los atributos que le confieren los artículos 86 y 90 de la Carta para hacer objeciones fundadas en simples vicios de forma, ya se refieran éstos a la proposición, discusión o votación de la ley. En una palabra, que el Congreso ha seguido conservando para sí la integridad de sus prerrogativas respecto al control de la regularidad formal de sus actos, las que ejerce de pleno derecho sin la intervención de ninguna de las otras ramas en que el poder político del Estado se divide.

Dejamos de esta manera recogidas las principales razones que nos inclinan a apartarnos, muy respetuosamente desde luego, de la autorizada opinión de nuestros distinguidos colegas de mayoría.

**Ramón Miranda.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Hernán Salamanca.** — **Pedro Castillo Pineda.** — **Agustín Gómez Prada.**

## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ANIBAL CARDOSO GAITAN

**La inconstitucionalidad en la formación de las leyes.****1) Competencia de la Corte para declarar inexecutable por vicios de esta clase**

Claramente se oponen al espíritu y a la letra de la Constitución las leyes que se expidan pretermitiéndose alguno o algunos de los requisitos especiales que ese estatuto ha ordenado guardar. Quiere ella, para la estabilidad de la legislación sustantiva, el orden del presupuesto y la aplicación de los fondos públicos a obras de esta clase o a objetos de estímulo y fomento económico, que las leyes sobre estas materias se dicten dentro de ciertas normas dirigidas a alcanzar los fines de sana administración que inspiran el propósito constitucional.

Una ley que contraviene estos mandatos, que contraría la Constitución, la quebranta y desconoce, no puede tener vigencia y ha de haber un medio idóneo capaz de evitar el que se consume la violación del estatuto por la existencia de una ley que nació con esa tara de inconstitucionalidad.

El Constituyente confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución. Ella debe "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 por cualquier ciudadano". (Artículo 214). Del propio texto del Estatuto se desprende una deducción importante en lo que toca con la competencia de la Corte para decidir acerca de la exequibilidad de las leyes que adolezcan de tacha en razón de un vicio de inconstitucionalidad coetáneo al proceso de su expedición. El precepto transcrito establece que la Corte conoce y falla respecto de la exequibilidad de los "proyectos de ley" que el Gobierno objete como inconstitucionales, y esa función la ha venido cumpliendo la Corte sin disputa a través de varios lustros. Un proyecto de ley es susceptible de ser inconstitucional y de una declaratoria sobre esa cir-

cunstancia; la declaración no encuentra límites en el Estatuto: puede provenir de cualquier violación a sus ordenamientos; unos de ellos son los que miran a la formación de las leyes; luego el fallo de la Corte puede abarcar esta materia. El Gobierno tiene la facultad de objetar —y así lo ha hecho en algunos casos— un proyecto de ley porque éste se ha despachado por el Congreso con desconocimiento de las reglas constitucionales sobre formación de las leyes. La Corte no ha encontrado razón que oponer a su competencia para desatar este conflicto entre el Legislador y el Ejecutivo (*Gaceta Judicial*, Tomo LIX, página 645). Del mismo modo, si un ciudadano acusa como inconstitucional una ley que se expidió sin acatamiento a las normas que la Constitución impone para la formación de las leyes, es claro que por idénticas razones, la competencia de la Corte no puede discutirse y que ella debe pronunciar su fallo en que declare si la violación de que se acusa, producida durante la gestión parlamentaria de la ley, existe, y si es causal que obligue a declarar la no exequibilidad del acto del Congreso.

Estas obvias consideraciones sirven para explicar el criterio que debe adoptar la Corte sobre esta importante materia, distinto del que ha primado en doctrina de sus sentencias.

La razón principal en que se apoya la jurisprudencia anterior de la Corte es la de que la Constitución le otorga el control de **las leyes** y no de **los actos preparatorios** de ellas, de las leyes ya expedidas y no del procedimiento seguido para dictarlas; que tiene el poder de declarar si las disposiciones de la ley, como tales, violan preceptos constitucionales, y no si en su expedición se ha infringido el Estatuto; que si esto último hiciera la Corte invadiría el campo de acción del Cuerpo Legislativo. Todas estas razones se consignaron en el auto de la Corte Plena de 20 de abril de 1912, *Gaceta Judicial*, Tomo XX, página 245, en sentencia de 7 de marzo de 1918, *Gaceta Judicial*, Tomo XXV, página 218, y en otras decisiones posteriores que repitieron la misma motivación.

Hoy, cuando la experiencia de muchos años ha sometido a prueba la doctrina anterior, hallándola defectuosa, y principalmente cuando la innovación

constitucional de 1945 manifiesta el propósito de sabia organización y administración de que ciertas leyes no sean expedidas sino con el lleno de determinados requisitos, para que esos fines buscados por el constituyente no se frustren, es necesario que la función de guarda del Estatuto que a la Corte le compete concurra a alcanzar tal objetivo. Debe pensarse en que la Corte reemplaza al Cuerpo Constituyente, que obra en su representación, colocada por encima del legislador, y en que con tal carácter debe ella hacer lo que haría el Constituyente: no admitir como válidas y operantes las leyes que se expidan contrariando su querer.

Ya se vio cómo la Constitución prevé y la Corte misma acepta el pronunciamiento sobre exequibilidad de proyectos de ley, es decir, de actos que no son leyes y con los cuales se pueda quebrantar la Ley Fundamental. Luego el Constituyente autoriza y desea que la función de guarda de la Corte se ejerza sobre vicios de inconstitucionalidad anteriores a la sanción y vigencia de las leyes. Razonamiento que hace caer por su base lo fundamental de las consideraciones en que se ha apoyado la anterior jurisprudencia de la Sala Plena conforme a la cual ella se inhibía de conocer de las acusaciones de inconstitucionalidad fundadas en la omisión de los requisitos constitucionales sobre formación de las leyes. Para que la Corte esté colocada a la altura de su grave misión controladora de las leyes, en la forma y con el alcance que el Constituyente ha previsto, para que sus mandatos respecto a la expedición de las leyes sean acatados, debe ella reconocer en toda amplitud el radio de su función, limitado antes por motivos que no resisten el análisis severo que la importancia del asunto demanda, y ejercerla en beneficio público, librando a la Nación del sometimiento a actos del legislador no expedidos en la forma prevenida en la Constitución y que por lo mismo no son leyes, al tenor de lo previsto en el artículo 4º del Código Civil.

## 2) Las leyes ordinarias y las leyes especiales

Hay leyes que para su formación están sujetas a las reglas comunes u ordinarias y otras que se someten a reglas especiales; hay, constitucionalmente, y por el aspecto de su formación, **leyes comunes y leyes especiales**.

El artículo 76, ordinal 4º, en relación con el artículo 80, numeral 2º, y con el 81, numeral 3º, dispone que una ley que debe reunir especiales requisitos (que el proyecto sea propuesto por la Comisión permanente y por mayoría absoluta de votos en ella y en cada Cámara) fije "los planes y

programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional" y "los planes y programas de **todas las obras públicas** que hayan de emprenderse o continuarse". Una ley que ya no necesita tener origen en la Comisión permanente o en el Ministro, ni aprobarse por determinada mayoría de votos, puede "decretar **las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse**", "con arreglo a los planes y programas que fijen las **leyes respectivas**" (numeral 1º, artículo 76). Estas últimas son las leyes generales anteriores, que han fijado los planes y programas. Una ley común, que no requiere determinado origen ni cierta mayoría de votos, puede "fomentar las empresas útiles o benéficas", "con estricta sujeción a **los planes y programas correspondientes**" (numeral 2º, artículo 76). Estos son los que se han fijado en una ley general anterior, en obediencia a lo dispuesto en la atribución 4ª citada.

Se encuentra el mismo principio constitucional, que somete a requisitos especiales la formación de ciertas leyes, en el artículo 88 de la Carta, referente a objeciones del Presidente de la República, que exige los dos tercios de los votos del Congreso para que puedan negarse las objeciones, cuando se trata de proyectos de ley contemplados en el ordinal 2º del artículo 80, **que son precisamente aquellos de las leyes que no pueden ser dictadas ni reformadas sino con sujeción a normas especiales**.

Lo propio ocurre con el presupuesto. La atribución 3ª del artículo 76, en relación con el artículo 80, dispone que una ley sometida a requisitos especiales en su expedición, dicte las normas para la **formación del presupuesto**. La atribución 13 faculta para hacer el **presupuesto anual** y el artículo 210 ordena que esta ley se expida "estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva". La ley "respectiva" no es otra que la prevista en la atribución 3ª del artículo 76, o sea la de "formación del presupuesto". A ella debe sujetarse la ley anual de presupuesto.

El artículo 76 de la Carta consagra reglas comunes o generales a que se sujeta la expedición de las leyes y a ellas pertenecen los numerales 1º y 2º, lo que significa que las leyes que se dictan conforme a esas reglas exigen apenas, por el aspecto de su formación, los requisitos ordinarios. No ocurre lo mismo con la atribución 4ª del artículo 76, pues las leyes a que ella se refiere son especiales en su formación y requieren el lleno de las condiciones que para dictarlas ha previsto la Constitución en sus artículos 80, ordinal 2º y 81, ordinal 3º.

Conviene hacer aquí algunas observaciones acer-

ca de la reforma constitucional realizada al expedirse el Acto Legislativo número 1º de 1945.

En el proyecto sometido al Congreso por el Gobierno, el artículo 72, igual al 79 de la Constitución vigente, establecía, como ésta lo dispone, que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho. Esta norma es general y de aplicación para todos los casos no previstos en disposición especial.

Los artículos 73 y 74 del proyecto de reforma establecían una excepción respecto a las leyes sobre contribuciones o que organicen el Ministerio Público y a las **orgánicas** "que no podrán ser dictadas o modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara o por los Ministros del Despacho", y decían (artículo 74), que ningún proyecto sería "**ley orgánica**" sin haber sido "aprobado en la Comisión correspondiente de cada Cámara, en primer debate, por mayoría absoluta de votos de los miembros que componen la Comisión" y "en cada Cámara, en segundo debate, por mayoría absoluta de votos de los individuos que la componen". Sobre el particular el informe mayoritario de la Comisión de la Cámara de Representantes que estudió la reforma expresó lo siguiente: "Con sólidos argumentos, surgidos de la experiencia administrativa diaria, el Gobierno ha propuesto que se eleven a canon constitucional las reglas de las leyes orgánicas de presupuesto, que limitan la iniciativa parlamentaria en los gastos públicos. Lo que con este tema concierne ha sido objeto de las más dilatadas discusiones en el seno de la Comisión, sin que hubiera podido llegarse a un resultado definitivo respecto a su adopción, como tampoco al acuerdo mayoritario requerido para sustituir la iniciativa original del Gobierno por una fórmula intermedia o transaccional. Aunque unánimemente se reconoce que la planificación de la economía nacional y el desarrollo armónico y articulado de los planes viales requiere forzosamente la racionalización de la actividad presupuestal, se disiente en cambio en cuanto a la manera de asegurar tales propósitos sin perjuicio del interés que en la distribución de los recursos generales del Estado tienen todas las secciones del país. En vista de ello, se ha adoptado por llevar al debate público de las Cámaras este problema, en la seguridad de que él será resuelto satisfactoriamente por la Representación Nacional, con el más alto espíritu patriótico".

Como resultado de los debates parlamentarios aparece haberse retirado del proyecto la distinción

que en él se hacía entre leyes **orgánicas** y leyes **comunes**. Pero no obstante, si se confronta cuidadosamente el proyecto con la reforma adoptada por el constituyente, se podrá ver cómo en virtud de las reglas consignadas en el numeral 2º del artículo 80, y en el artículo 81, quedaron en la Carta las disposiciones del proyecto que estudió el Congreso y que someten a requisitos y trámites diferentes la expedición de ciertas leyes, en relación con los trámites y requisitos de las demás. Y que esos requisitos son, casi textualmente, los que el Gobierno propuso en su proyecto para la expedición de las leyes orgánicas, que ahora no tienen tal denominación, pero que sí hay que calificar de **leyes especiales**, frente a las comunes u **ordinarias**. El constituyente dispone (artículo 80) que las leyes sobre Código de legislación y la reforma de sus disposiciones, las de formación de presupuesto, las que fijan planes y programas para el fomento de la economía nacional y para obras públicas y las que modifican la división general del territorio deben tener determinado origen y además exigen la mayoría absoluta de los votos de los miembros que forman la Comisión permanente y de los que integran cada Cámara. El Constituyente no adoptó una norma general sobre leyes orgánicas, según la propuesta del Gobierno, que podían ser todas las que reuniesen determinados requisitos, pero sí aprobó la exigencia de especiales condiciones para la expedición de unas categorías de leyes que él señaló. Tales leyes, aunque no pueden recibir la calificación de leyes "orgánicas", según el proyecto de reforma lo preveía, si son en verdad leyes de esa clase, por tener las calidades que para serlo contemplaron el Gobierno y el Constituyente. Este no quiso generalizar la existencia posible de "leyes orgánicas", pero estatuyó concretamente para ciertas clases de leyes, admitiendo las condiciones que el proyecto de Constitución contemplaba para las "leyes orgánicas".

Lo que sí es evidente, cualquiera que sea el nombre que se les dé, es que la Constitución contempla clara y definidamente, si se atiende a los antecedentes examinados, la existencia de **leyes comunes** y de **leyes especiales**; las primeras, sometidas para su formación al procedimiento que pudiera llamarse ordinario, y las segundas, sujetas a un trámite especial. Tal distinción no es adjetiva, intrascendente o de poca significación dentro de las reglas y principios que gobiernan el Estatuto. La distinción aparece consagrada como consecuencia de un propósito definido de dar una norma el Constituyente al Legislador para que sea

más cuidadoso en la expedición de ciertas leyes, que no puede dictar sino con sujeción a las normas que él mismo señala con antelación en obediencia a los ordenamientos de la Carta, pero que debe cumplir por imperativo mandato del Constituyente, sin lo cual las leyes que expida quedan viciadas de inconstitucionalidad por no acomodarse a las exigencias del Estatuto fundamental.

### 3) Comentario al salvamento de voto precedente

De las anteriores observaciones se deduce, y así lo afirmamos con el debido respeto a las opiniones distintas de otros distinguidos colegas, que la función de guarda del Estatuto fundamental que la Constitución le ha dado a la Corte Suprema de Justicia se ejerce, no solamente sobre las leyes consideradas por el aspecto de sus disposiciones, sino también sobre los actos anteriores a la expedición de ellas que sean violatorios de la Carta. Las razones precedentemente expuestas demuestran, a nuestro juicio, que no es válido el argumento que se hace en el anterior salvamento de voto consistente en afirmar que por no haber prosperado en el Congreso la reforma constitucional que el Gobierno propuso referente a la función de la Corte sobre declaratoria de exequibilidad de las leyes, distinguiendo entre los motivos de fondo y los de forma, hoy no tenga esta corporación el poder de pronunciarse acerca de los motivos de inconstitucionalidad formal en la expedición de las leyes. Claramente se ha demostrado —siempre según nuestra opinión— que no obstante quedaron en la Carta establecidas las bases obligatorias para ese conocimiento de la Corte sobre actos u omisiones anteriores a la sanción de las leyes, y esto por la diferencia que el Constituyente reconoce entre las leyes ordinarias y las leyes especiales, las unas sometidas al trámite común para su expedición y las otras a requisitos de carácter particular; que era exactamente lo mismo que se proponía el proyecto del Gobierno con el distinguo entre leyes normativas u orgánicas y leyes comunes. La exposición del proyecto decía: “Si una ley viola las normas que el constituyente y el legislador han trazado para su expedición, pero tiene la forma de ley, la Corte no entra a examinarla. La Constitución debe establecer, por tanto, que la Corte examine la constitucionalidad de una ley, en su fondo y en su forma. La ley común que entre a disponer o derogar en la materia que le corresponde a la ley orgánica, será inconstitucional, podrá ser objetada, será materia de examen de la Corte y podrá ser declarada inexecutable”. Partiendo el proyecto de reforma del recorte que de sus atribuciones venía

haciendo la Corte, propuso una aclaración innecesaria según nuestro parecer, ya que la Constitución le daba y le da a la Corte el conocimiento de la inconstitucionalidad sin distinguiendo: la de que conociera de la violación de las normas que el constituyente y el legislador han trazado para la expedición de las leyes. Sin embargo es curioso ver cómo en la práctica ha quedado consagrado el propósito que con la reforma se buscó: el de que la Corte conozca, como ha estado haciéndolo después de 1945, de las violaciones constitucionales consistentes en que “una ley común entre a disponer o derogar en la materia que le corresponde a una ley orgánica. (Hoy ley especial).

Por no estar de acuerdo con esta tesis del otro salvamento de voto, que consideramos muy grave para el futuro ejercicio de la atribución de guarda del Estatuto que a la Corte le compete, es por lo que nos hemos visto obligados a hacer las presentes explicaciones. Pensamos que el criterio de la Corte no puede comprometerse en la forma generalísima que se hace por los distinguidos colegas que salvan su voto y por los demás que sostienen la tesis que no compartimos y que inhibe a la Corte del conocimiento de los vicios de inconstitucionalidad en la formación de las leyes. Para nosotros es indispensable dejar nuestra libertad sin compromiso, para el día en que tenga necesidad la Corte de pronunciarse respecto a una violación de la Carta tan grave, por ejemplo, como la de sancionar al Presidente de la República una ley con la firma sólo del Presidente del Senado y sin la del Presidente de la Cámara de Representantes. Este vicio de inconstitucionalidad, anterior a la expedición de una ley, es para nosotros un atentado a la Constitución, que reclama, a nuestro juicio, el control de la Corte Suprema de Justicia para volver por el imperio de la Ley Fundamental quebrantada tan ostensiblemente.

No queremos llevar nuestro celo al extremo de admitir que cualquier violación del Estatuto en la preparación de las leyes merezca una declaración de inexecutable constitucional. Las leyes y la ley de leyes hay que aplicarlas razonablemente. El juicio de la Corte Suprema en cada caso calificará el carácter o la naturaleza de la violación, según que afecte o no los ordenamientos esenciales de la Constitución, y procederá en consecuencia para adoptar la decisión que corresponda.

### 4) El caso de la disposición acusada

En el caso sometido ahora al pronunciamiento de la Corte, la violación de la ley normativa del

presupuesto no alcanza, a nuestro juicio, a tener la entidad suficiente para implicar un desconocimiento del precepto constitucional. Como se expresa en el salvamento de voto, —y en ello estamos de acuerdo con él— la Constitución no se quebranta por haberse colocado en la ley presupuestal la disposición que se señala como inconstitucional. Ella es indiferente, inocua, en relación con el presupuesto. La técnica aconsejaría que el artículo no se hubiera colocado en el capítulo de disposiciones generales de la ley, por referirse a un asunto ex-

traño por completo al presupuesto. Pero su colocación allí no se opone al cumplimiento de las calidades y condiciones que esencialmente debe llenar aquella ley. Nuestra discrepancia con los señores Magistrados que suscriben el otro salvamento de voto no es pues relativa al caso concreto, sino a la doctrina que en él se sustenta, y por las razones que respetuosamente hemos consignado en esta aclaración.

· Anibal Cardoso Gaitán.

EXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL EL GOBIERNO NACIONAL PROPENDE A LA TERMINACION DE LA 2ª Y 3ª PLANTAS DE LA CASA NACIONAL DEL PERIODISTA EN CARTAGENA"

En repetidas ocasiones, al resolver sobre objeciones por inexecutableidad de proyectos de ley sobre auxilios para fomentar empresas útiles o benéficas que no se han sujetado estrictamente a planes y programas pre-existentes, ha dicho la Corte que no es dudoso que la reforma proyectada que se hizo en el numeral 20 del artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de las obras públicas nacionales en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados o incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptados también en planes y programas, y que la facultad, condicionada del Congreso de decretar obras de un plan y de un programa generales para esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales, tendía a escalar de esa manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se producen los esfuerzos trunco o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema constitucionalmente abolido de decretar obras sin control ninguno que garantice su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación.

Pero en casos en que concurren circunstancias especiales, con la venia que merecen los propósitos laudables del primer magistrado de la República, ha encontrado la Corte exequibles los auxilios decretados para obras existentes antes de la reforma constitucional de 1945, prospectadas y principiadas antes de entrar en vigencia la ley 71 de 1946 y com-

prendidas en las que de manera genérica enumera esta ley en el artículo 1º, pues considera la Corte que al propender el auxilio para que la desmejora y ruina de una obra trunca no traduzca en esterilidad esfuerzos y gastos ya hechos, se consulta el espíritu dominante en la reforma constitucional de evitar perjuicios a la economía nacional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Belisario Agudelo D.)

Del proyecto de ley por la cual el Gobierno Nacional propende a la terminación de la segunda y tercera plantas de la Casa Nacional del Periodista en Cartagena y se dictan otras disposiciones, objetó el señor Presidente de la República los cuatro artículos que dicen:

"Artículo 1º—Destínase la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000.00) para la terminación de la segunda y tercera plantas de la Casa Nacional del Periodista que actualmente se construye en Cartagena.

"Artículo 2º—Para dar cumplimiento al artículo anterior, la Comisión de Presupuesto incluirá la partida correspondiente en el presupuesto de la vigencia próxima o siguientes si fuere el caso, a fin de darle estricto cumplimiento a la presente ley.

"Artículo 3º—Esta suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000.00) será entregada al Tesorero de la institución 'El Bodegón' de Cartagena, previa la prestación de la fianza y demás requisitos que exija la Contraloría General de la República.

"Parágrafo.—Igualmente el Tesorero de 'El Bodegón' rendirá las cuentas pertinentes de la forma como se invierta esta suma a la Contraloría General de la República.

"Artículo 4º—Inmediatamente éntre en vigencia el Presupuesto Nacional, el Gobierno procederá a hacer entrega de la suma a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, a fin de inaugurar las obras de que se trata, o sean el segundo y tercer

piso o plantas de la Casa Nacional del Periodista en Cartagena, el 11 de noviembre del año próximo de 1949.

Al respecto se lee en el mensaje de objeciones:

“Dispone el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución que el Congreso sólo puede fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, adoptados de acuerdo con lo previsto en el ordinal 4º del mismo artículo constitucional, y en desarrollo de estas disposiciones el Congreso expidió la ley 71 de 1946, que definió que empresas útiles o benéficas podrían ser materia de la contribución nacional y qué condiciones debían cumplirse para obtener esta ayuda.

“Como entre las empresas dignas de auxilio nacional definidas por la ley 71 de 1946, no figuran las casas que se contruyen para el fomento del periodismo y aunque éstas estuvieran comprendidas en dicha ley, como al proyecto en estudio no se acompañaron las comprobaciones exigidas por el artículo 2º de la misma ley para justificar el auxilio nacional, síguese que los artículos primero a cuarto del proyecto no están amparados por la ley normativa mencionada y que, consecuentemente, se apartan de las prescripciones consignadas en el artículo 76, ordinales 4º y 20 de la Constitución Nacional.

“Ninguna observación tiene para formular el Gobierno en relación con los artículos 5º y 6º del proyecto, que exonera de toda clase de impuestos los espectáculos, conferencias, etc., que se celebren en la Casa Nacional del Periodista de Cartagena, y que eximen de derechos de aduana los materiales de construcción, mobiliarios y demás artículos que se introduzcan para la construcción e inauguración de la segunda y tercera plantas de la expresada casa”.

En debates verificados en la Cámara el 13 y el 14 de diciembre último, y en el Senado el 15 y el 16 del mismo mes declaró el Congreso infundadas las objeciones, razón por la cual el proyecto pasó a la Corte Suprema para decidir sobre su exequibilidad.

La Comisión de la Cámara recordó que el Gobierno Nacional había celebrado con “El Bódégón” un contrato para invertir en la primera planta del edificio en mención el auxilio de \$ 30.000.00 decretado por la ley 53 de 1944, conformándose a los planos elaborados y presentados en oportunidad y que fueron estudiados y aprobados por el Ministro de Obras Públicas; y que la construcción de que se trata tiene la calidad de obra útil y benéfica para el desarrollo de la cultura nacional.

La Comisión del Senado manifestó que se apartaba del criterio del ejecutivo por considerar que la obra proyectada cumplía funciones útiles y benéficas y por lo mismo merecía el apoyo de la Nación.

No se ha discutido que el hecho, que como indiscutible se considera ahora, de que la obra proyectada tiende a cumplir funciones útiles y benéficas para el desarrollo de la cultura nacional. Lo que el ejecutivo echa de menos es la correspondiente ley anterior, el antecedente indispensable de planificación y programación, para que resulte ajustado a las exigencias constitucionales el proyecto materia de estudio.

El Procurador General de la Nación estima exequibles las disposiciones legales objetadas porque la clase de obras como la de que se trata figura entre las útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo enumeradas en el aparte b del artículo 1º de la ley 71 de 1946 y porque considera que si el proyecto de ley apoya una de esas obras, la H. Corte carece de jurisdicción para examinar si el Congreso cumplió o no con las formalidades o trámites que la ley señala.

En cuanto a la mencionada carencia de jurisdicción se observa que la objeción del Jefe del Ejecutivo no se funda en la pretermisión de formalidades en el Congreso durante la tramitación del proyecto de ley sino que “entre las empresas dignas de estímulo y apoyo nacional definidas por la ley 71 de 1946 no figuran las casas que se construyen para fomento del periodismo”. Se repite que la objeción se funda en cuestión sustantiva o de fondo consistente en no existir en ley anterior planes y programas relativos a obras de la clase que aquí se contempla.

En repetidas ocasiones, al resolver sobre objeciones por inexecutable de proyectos de ley sobre auxilios para fomentar empresas útiles o benéficas que no se han sujetado estrictamente a planes y programas preexistentes, ha dicho la Corte que no es dudoso que la reforma proyectada que se hizo en el numeral 20 del artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de las obras públicas nacionales en los numerales 4º y 19º de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados o incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y

de conveniencia nacional previamente adoptados también en planes y programas, y que la facultad condicionada del Congreso de decretar obras de un plan y de un programa generales para esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales, tendía a escalonar de esa manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se producen los esfuerzos trunco o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema constitucionalmente abolido de decretar obras sin control ninguno que garantice su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación (G. J., número 2055, página 645).

En sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema, de 29 de enero, 15 de julio y 25 de noviembre de 1947, relacionadas, respectivamente, con la adquisición del antiguo convento de San Francisco de Cartagena para cederlo al Círculo Obrero de San Pedro Claver de la misma ciudad, con la reconstrucción de la Avenida del Libertador, que de Santa Marta conduce a la Quinta de San Pedro Alejandrino, y con la construcción y reforma del Colegio de San Luis de Yarumal, obras que ya habían sido calificadas como útiles y benéficas, halló la Corte, con la venia que merecen, los propósitos laudables del primer Magistrado de la República, exequibles los correspondientes proyectos de ley: porque tratándose de obras existentes antes de la reforma constitucional, prospectadas y principiadas antes de entrar en vigencia la ley 71 de 1946, comprendidas después en las que de manera genérica enumera el numeral b de su primer artículo, consideró que propender porque su desmejoramiento o su ruina no tradujera en esterilidad esfuerzos y gastos ya hechos, consultaba el espíritu dominante en la última reforma constitucional de evitar perjuicios a la economía nacional.

Siguiendo el expuesto orden de ideas, y tratándose como ahora se trata de casa nacional para los periodistas que seguramente están comprendidos como trabajadores vinculados a una noble actividad por el desarrollo de la cultura nacional, de un

edificio principiado en 1945 y desde antes auxiliado de manera deficiente por la Nación pues apenas se pudo construir el primer piso con los treinta mil pesos (\$ 30.000.00) decretados con tal fin por la ley 53 de 1944, construcción hecha con el plano previamente elaborado y que fue aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, según consta en el contrato que para la inversión de los citados treinta mil pesos (\$ 30.000.00) celebró el 2 de diciembre de 1946, con autorización dada para ello en la ley 11 de 1946, el auxilio que tiende a que no quede inconclusa la construcción proyectada y a que el anterior auxilio no implique despilfarro por esterilización de los fondos públicos, considera la Corte, siguiendo, se repite, su anterior orden de ideas, que el proyecto de ley materia de estudio es exequible y que así debe declararse, visto además, que los artículos 2º, 3º y 4º van subordinados al auxilio, pues sólo contemplan cuestiones de procedimiento para hacer viable en forma rápida, el fin propuesto con el primero del proyecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de sus facultades constitucionales y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara exequibles constitucionalmente los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del proyecto de ley "por la cual el Gobierno Nacional propende a la terminación de la 2ª y 3ª plantas de la Casa Nacional del Periodista en Cartagena, y se dictan otras disposiciones.

Comuníquese al Excelentísimo señor Presidente de la República y a los Excelentísimos señores Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y publíquese en la Gaceta Judicial.

Hernán Salamanca. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda. — Agustín Gómez Prada. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Luis A. Flórez. — Alvaro Leal Morales. — Luis Rafael Robles. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Domingo Sarasty M. — Eleuterio Serna R. — Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. — Pedro León Rincón, Secretario.

**EXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE AUMENTA UNA PARTICIPACION CON DESTINO A LA EJECUCION DE UNAS OBRAS Y SE ASOCIA LA NACION A LA CELEBRACION DE UN CENTENARIO" (MUNICIPIO DE PLATO). — LA PARTICIPACION QUE TIENEN LOS DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS EN LA RENTA DE EXPLOTACION DE HIDROCARBUROS NO ES UN AUXILIO**

1.—La Nación, los Departamentos y los Municipios —en cuyo territorio se explota petróleo— son coparticipes en la renta de petróleos, correspondiendo a los Departamentos el 50% y el 5% para los segundos. El proyecto en estudio, por medio de su artículo 1º, no dispone cosa distinta de aumentar la participación que el Municipio de Plato tiene en las regalías petrolíferas nacionales, del 5% al 25%, durante cinco años, con la condición de que el producto de la participación se destine a la ejecución de unas obras.

Si el 5% de participación que tienen los Municipios en las regalías petrolíferas no puede considerarse como un auxilio común, en el sentido estricto del vocablo, no se ve la razón para que el aumento de esa participación sí tenga ese carácter, siendo así que lo segundo es, en su esencia, una prolongación de lo primero.

2.—De lo expuesto se llega a la conclusión de que el proyecto de ley "por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario" sólo tiene por objeto aumentar, en favor del Municipio de Plato (Magdalena) con una destinación especial, la participación del 5% decretada por la ley 28 de 1945, en las regalías petrolíferas. En consecuencia, no está sometido a los planes y programas de que trata la ley 71 de 1946 en desarrollo del artículo 76, ordinal 20, de la Constitución Nacional.

formuló objeciones de inconstitucionalidad al proyecto de ley "por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario" por considerar que los artículos 1º a 6º del proyecto de ley mencionado, contravienen el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución Nacional.

El texto del proyecto es el siguiente:

"Artículo 1º—Elévase al veinticinco por ciento (25%) la participación del Municipio de Plato (Magdalena) en el producto de las regalías que perciba la Nación por concepto de explotación de petróleo en el territorio del citado Municipio. Tal aumento sólo tendrá lugar sobre las regalías correspondientes a los años de 1949 a 1953 inclusive, siempre que el Municipio de Plato acepte que el producto de dicha participación se destine, con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes a las obras que se mencionan en seguida:

"1.—Aprovechamiento de las aguas de los plajones de Zárate por el sistema de compuertas.

"2.—Embalse río Ariguani—río Chimuica para aumentar las aguas de este último.

"3.—Planta eléctrica de Plato.

"4.—Provisión de aguas en El Difícil.

"5.—Provisión de aguas en Zárate.

"6.—Provisión de aguas en San Angel.

"7.—Construcción del Palacio Municipal de Plato.

"8.—Construcción en Plato de un hospital con sala de maternidad y su dotación.

"9.—Construcción de casa para escuela en San José del Purgatorio.

"10.—Construcción del Mercado Municipal de Plato.

"Parágrafo.—Lo anterior no afecta la participación que sobre regalías petrolíferas corresponde al Departamento del Magdalena.

"Artículo 2º—Créase una junta denominada **Junta Cívica de Plato**, compuesta de tres miembros, así: dos vecinos honorables nombrados por el Concejo Municipal de Plato y el Director de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del

orte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos cuarenta y nueve.

Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

El Excelentísimo señor Presidente de la República en mensaje dirigido al Congreso Nacional

lugar, junta que tendrá a su cargo la administración de los dineros provenientes de la participación fijada para el Municipio de Plato en el artículo anterior. En la elaboración de los contratos, lo mismo que en la preparación de los pliegos de licitación de que se habla en el artículo siguiente, esta junta estará asesorada por un ingeniero titulado que nombrará el Presidente de la República cuando así se lo solicite la junta, siendo entendido que ésta no podrá celebrar contratos ni formular pliegos de licitación sin la previa intervención de dicho ingeniero, cuyo sueldo será pagado por el ministerio de Obras Públicas.

“La Junta elegirá por mayoría de votos su Presidente, su Secretario y su Tesorero, funcionario éste que prestará fianza a satisfacción del Contralor General de la República, pero sólo el Secretario y el Tesorero tendrán derecho a sueldo, que señalará la misma Junta.

“Artículo 3º—La Junta Cívica de Plato procederá a contratar directamente con el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico el estudio y la ejecución de las obras señaladas en el artículo 1º con los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6. Los contratos sobre estudio y ejecución de las demás obras señaladas en el artículo primero serán celebrados por la Junta, previa licitación pública, con casas e ingenieros especializados en el respectivo ramo y cuya capacidad y corrección estén debidamente acreditadas. Para este efecto, la Junta formulará los respectivos pliegos de licitación.

“Artículo 4º—Cuando un contratista notifique a la Junta que la obra a su cargo está terminada, el Presidente de la República, a solicitud de la Junta, designará un ingeniero titulado, que podrá ser cualquiera de los que están al servicio de la Nación, para que estudie la obra ejecutada y verifique si ella se ajusta a los términos del respectivo contrato. Sin el concepto previo y favorable de este ingeniero, la Junta no podrá recibir ninguna obra.

“Recibida una obra por la Junta, se adelantarán todas las gestiones y se celebrarán los contratos necesarios para dejar asegurado el derecho de dominio del Municipio de Plato sobre dicha obra.

“Artículo 5º—Para pagar la participación que en el artículo 1º se fija al Municipio de Plato, se tomará lo necesario de los fondos especiales con que se atiende al pago de las participaciones departamentales y municipales en las regalías petrolíferas, y las sumas del caso serán consignadas directamente en la Caja de Crédito Agrario, Indus-

trial y Minero de Plato, a órdenes del Tesoro de la Junta Cívica de Plato.

“Las cuentas que se presenten contra los fondos de la Junta, deberán llevar la firma del Presidente de ésta, y se pagarán con cheques firmados por el Tesorero de la misma, y las cuentas serán firmadas por la Contraloría General de la República por conducto del Auditor que designe. Pero si el Contralor General de la República designare Auditor con residencia en Plato, las cuentas y los cheques deberán llevar también la firma de este Auditor.

“Artículo 6º—Con el objeto de hacer más fácil eficaz el cumplimiento de sus funciones, la Junta Cívica de Plato podrá contratar empréstitos hasta por la suma de seiscientos mil pesos (\$ 600.000.000).

“Artículo 7º—Con motivo de cumplirse el 8 de diciembre de 1954 el segundo centenario de la fundación de Plato, la Nación se asocia a la celebración de este acontecimiento, y al efecto las Comisiones Legislativas se harán representar en dicho acto por sendas comisiones de su seno”.

Las objeciones se concretan así:

“Aunque pudiera creerse —dice el señor Presidente de la República en su mensaje de objeciones de 14 de diciembre de 1948— que el proyecto únicamente tiene por objeto aumentar, en favor del Municipio de Plato, con una destinación especial la participación del 5% decretada por la ley 28 de 1945, en las regalías petrolíferas, las disposiciones del proyecto mencionadas tienen como fin esencial auxiliar la ejecución de obras de interés municipal, no con la destinación de una cantidad determinada de dinero sino valiéndose de la elevación de una participación en una importante renta que forma parte del Tesoro Nacional. De manera que el auxilio nacional a las obras no sólo se lleva a cabo por el Congreso al destinar una partida fija de dinero del Tesoro Nacional para éstas, sino también elevando la participación municipal en una renta que viene a ingresar a ese mismo Tesoro.

“De acuerdo con el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución, el Congreso sólo puede fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo con estricta sujeción a los planes y programas aprobados por las leyes, y en desarrollo de esta disposición el Congreso dictó la ley 71 de 1946, que determinó las obras que podían ser materia del apoyo nacional y fijó las condiciones que debían cumplirse para justificar el auxilio de la Nación y su eficaz empleo, y como al proyecto en estudio no se acompañó ninguno de los comprobantes exigidos por el artículo 2º de la mencionada

, síguese que aquél en sus artículos 1º a 6º, no conforma con la ley normativa expedida por el Congreso para el caso de fomento de obras de intermunicipal, y por tanto, contraviene lo precepto por la disposición constitucional citada.

El artículo 7º del proyecto que dispone que las Comisiones Legislativas se hagan representar por miembros de comisiones de su seno en los actos conmemorativos del centenario de la fundación de Plato, y se cumple el 8 de diciembre de 1954, es aceptable.

Por tanto, estima el Gobierno que los artículos 1º a 6º del proyecto de ley mencionado, contravienen el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución".

Tanto la Cámara de Representantes como el Senado de la República declararon infundadas dichas objeciones, y enviado nuevamente el proyecto al señor Presidente de la República, éste en mensaje de fecha 19 de enero del año en curso, lo remitió a la Corte junto con sus antecedentes, para que se pronuncie sobre su exequibilidad conforme al ordenamiento del artículo 90 de la Constitución Nacional.

#### CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador General de la Nación en concepto de fecha 27 de enero del año en curso, dice:

"... Es verdad, como lo asevera el mensaje de objeciones, que el proyecto de aumentar, durante varios años, la participación del Municipio de Plato en las regalías nacionales, del 5 al 25%, impone la obligación de destinar las sumas correspondientes a una serie de obras de interés municipal, que las contempladas en la ley 71 de 1946, y es cierto también, que al proyecto no se acompañó documentación alguna.

"Como el numeral 20 ya citado da al Congreso la facultad de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", que compete al legislador expedir conforme al numeral 4º, a primera vista podría decirse que el proyecto objetado es ciertamente inconstitucional".

La Corte considera:

La ley 28 de 1945, dispone en su artículo 1º, que las participaciones de los Departamentos y Municipios en cuyos respectivos territorios se adelantan explotaciones petrolíferas serán del 50% de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones, en el año anterior, para

los primeros, y del 5% para los segundos. Y expresamente determina que dichas participaciones se considerarán como parte del patrimonio de tales entidades.

El Municipio de Plato, en el Departamento del Magdalena, está convertido en productor de hidrocarburos, y en consecuencia, tiene derecho al 5% de las regalías que con tal explotación obtenga la Nación.

El proyecto objetado dispone elevar al 25% la participación que corresponde al Municipio de Plato en las regalías que reciba la Nación por concepto de explotación de petróleo en dicho Municipio; aumento que sólo tendrá lugar sobre las regalías correspondientes a los años de 1949 a 1953 inclusive, con la condición de que la entidad favorecida acepte destinar el producto de dicha participación a las obras señaladas en el proyecto y con arreglo a las exigencias allí estipuladas.

Considera el señor Presidente en su mensaje de objeciones dirigido al Congreso que las disposiciones del proyecto tienen como fin esencial auxiliar la ejecución de obras de interés municipal, no con la destinación de una cantidad determinada de dinero sino valiéndose de la elevación de una participación en una importante renta de la Nación; que de acuerdo con el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución, el Congreso sólo puede fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo con estricta sujeción a los planes y programas aprobados por las leyes; que en desarrollo de esta disposición constitucional el Congreso dictó la ley 71 de 1946, que determinó las obras que podían ser materia de apoyo nacional y fijó las condiciones que debían cumplirse para justificar el auxilio de la Nación y su eficaz empleo; que como al proyecto en estudio no se acompañó ninguno de los comprobantes exigidos por el artículo 2º de la precitada ley, síguese que aquél en sus artículos 1º a 6º, no se conforma con la ley normativa expedida por el Congreso para el caso de fomento de obras de interés municipal, y por tanto, contraviene lo preceptuado por la disposición constitucional citada.

Las objeciones se basan en una interpretación equivocada de las disposiciones del proyecto, ya que el Ejecutivo pretende darle a éstas el alcance de un auxilio con destino a determinadas obras, siendo así que el espíritu del proyecto claramente expresado es el de aumentar la participación que al Municipio de Plato corresponde en las regalías que percibe la Nación por concepto de explotaciones petrolíferas.

La Nación, los Departamentos y los Municipios —en cuyo territorio se explota petróleo— son coparticipes en la renta de petróleos, correspondiendo a los Departamentos el 50% y el 5% para los segundos. El proyecto en estudio, por medio de su artículo 1º, no dispone cosa distinta de aumentar la participación que el Municipio de Plato tiene en las regalías petrolíferas nacionales, del 5% al 25%, durante cinco años, con la condición de que el producto de la participación se destine a la ejecución de unas obras.

Si el 5% de participación que tienen los Municipios en las regalías petrolíferas no puede considerarse como un auxilio común, en el sentido estricto del vocablo, no se ve la razón para que el aumento de esa participación sí tenga ese carácter, siendo así que lo segundo es, en su esencia, una prolongación de lo primero.

Es facultad constitucional del Congreso conceder a Departamentos y Municipios participación en las rentas nacionales, o aumentar la participación existente, condicional o incondicionalmente. Haciendo uso de esa facultad, expidió la ley 37 de 1931, que en su artículo 12 dispone lo siguiente:

“Artículo 12.—Mientras una nueva ley no disponga otra cosa, se cede a favor de los Municipios en que se hagan explotaciones petrolíferas, una suma igual al cinco por ciento (5 por 100) del valor de la regalía pagada a la Nación por razón de sus contratos en el año anterior; y para el Departamento al cual pertenezcan tales municipios, otra suma igual al treinta por ciento (30 por 100) del valor de la misma regalía, destinada al fomento de la instrucción pública, de la agricultura y de las vías de comunicación”.

Posteriormente, como ya se dijo, fue expedida la Ley 28 de 1945, en virtud de la cual se aumentó a un 50% la participación de los Departamentos en la renta de petróleos y se dispone que, “tales participaciones se destinarán exclusivamente al fomento de la instrucción, de la agricultura y de las vías de comunicación”.

En el proyecto de ley que ocupa la atención de la Corte, se eleva al 25% la participación del Municipio de Plato en el producto de las regalías que reciba la Nación por concepto de explotación de petróleo en el territorio del citado Municipio. Pero este aumento sólo tendrá lugar por el término de cinco años y bajo la condición de que el Municipio acepte que el producto de la participación se destine a las obras expresamente señaladas en el proyecto.

Lo anterior indica que el legislador no solamente ha fijado la participación que a los Departamentos y Municipios —en cuyos territorios se explota petróleo— les corresponde en tal renta, sino que ha aumentado cuando en su sabiduría lo ha creído conveniente, señalando siempre la destinación que deba darse al producto de la participación.

La intención del legislador al expedir el proyecto de ley que es materia de estudio, no fue la de decretar un auxilio de una cantidad determinada de dinero para la construcción de unas obras en el municipio de Plato, pues, no sólo del contexto del articulado, sino de los informes de comisión de ambas Cámaras se deduce con bastante claridad que no fue ese el criterio del Congreso.

Al respecto en el informe rendido por la Comisión tercera constitucional del H. Senado sobre el proyecto en cuestión, se dice:

“Vale la pena destacar que este proyecto no es el corriente en virtud del cual se auxilian obras regionales con sujeción a lo que se dispone en la ley 71 de 1946 o en cualquiera otra sobre planificación. Por lo mismo, la iniciativa no necesita estar acompañada de los documentos que se exigen por dichas leyes”.

Y el informe de la comisión tercera de la H. Cámara de Representantes, se inspira en idénticas razones al decir:

“El proyecto no está acompañado de los documentos sobre planificación porque no los necesita ya que no se trata de un proyecto común de auxilio, sino del aumento de una participación con condiciones. Decretado este aumento, los dineros así obtenidos son de propiedad del Municipio de Plato entidad que aceptará después destinarlos a las obras que se señalan en el artículo primero del proyecto. Así que, en definitiva, quien decreta las obras públicas es el Municipio citado cuando expide el acuerdo aceptando el aumento de la participación con sujeción a los términos de la ley”.

De lo expuesto se llega a la conclusión de que el proyecto de ley “por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario” sólo tiene por objeto aumentar, en favor del Municipio de Plato (Magdalena) con una destinación especial, la participación del 5% decretada por la ley 28 de 1945, en las regalías petrolíferas. En consecuencia, no está sometido a los planes y programas de que trata la ley 71 de 1946 en desarrollo del artículo 76, ordinal 20, de la Constitución Nacional.

Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el proyecto de ley de que se trata no quebranta el precepto constitucional a que se refiere el señor Presidente de la República en su mensaje de objeciones.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia — Sala Plena—, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, **DECLARA EXEQUIBLES** los artículos 1º a 6º del proyecto de ley “por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario”.

Notifíquese al señor Procurador, devuélvase a la Presidencia de la República y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

**Hernán Salamanca.** — **Belisario Agudelo D.** — **Germán Alvarado.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Pedro Castillo Pineda.** — **Luis A. Flórez.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Luis Rafael Robles.** — **Gabriel Rodríguez Ramírez.** — **Domingo Sarasty M.** — **Eleuterio Serna.** — **Manuel José Vargas.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Pedro León Rincón, Secretario.**



## DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE VARIOS ARTICULOS DE LA LEY 83 DE 1946

En acatamiento al precepto legal contenido en el artículo 2º de la ley 96 de 1936, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera reiterada que las demandas de inexecutableidad que se presenten ante esta Corporación deben reunir los requisitos formales señalados en la dicha disposición legal y que, cuando tal cosa no ocurre, ella no puede servir de base para un pronunciamiento de fondo, y lo pertinente es desecharla, en consecuencia, por inepta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, mayo cuatro (4) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El señor Guillermo Serrano Uribe, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, pide a la Corte que declare inexecutable los artículos 31, 45, 47, 64 aparte 3º, 69, 77, 97, 120 y 122 de la ley 83 de 1946.

Oído el señor Procurador General, este alto funcionario conceptuó que la demanda debe declararse infundada por no haberse demostrado ni pretendido demostrar la violación de alguna disposición de la Carta.

Se procede hoy a decidir lo que corresponde, mediante las siguientes consideraciones:

De acuerdo con lo estatuido en el artículo 2º de la ley 96 de 1936, toda demanda de inexecutableidad debe contener:

“1º—La transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2º—El señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos; y 3º—Las razones por las cuales dichos textos se consideran violados”.

En acatamiento a ese precepto legal ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte

que una demanda de la naturaleza de la presente necesariamente debe reunir los requisitos formales que acaban de citarse y que cuando tal cosa no ocurre, ella no puede servir de base para un pronunciamiento de fondo, y lo pertinente es desecharla, en consecuencia, por inepta. Así se resolvió entre otras, en sentencia de 12 de septiembre de 1937 (G. J. t. XLV, pág. 698). Y en sentencia de 11 de octubre de 1945, se dijo:

“La técnica aconsejable en esta clase de acciones exige que se acusen separadamente textos que se reputan inconstitucionales. Además deben cumplirse los requisitos establecidos en la ley 96 de 1936 designando los preceptos de la Carta que se consideren infringidos por las disposiciones acusadas, sin mezclar aquellos sin orden ni concierto, circunstancia que le impide a la Corte precisar en cada caso cual es la violación que se invoca. Finalmente, deben expresarse las razones de inconstitucionalidad, como la ley lo ordena, a fin de que le sea posible al fallador examinar los motivos en que la acción se funda y determinar, sobre bases ciertas, el ejercicio de la tutela jurídica que la misma Constitución le ha confiado”. (G. J. t. LIX, página 633).

En el caso en estudio, la demanda ni transcribe el texto de las disposiciones legales motejadas de inconstitucionales ni expresa las razones de orden jurídico que demuestren que determinada norma de la Carta haya sido infringida, pues lo que el memorialista dice, posiblemente en orden a llenar esta finalidad, es tan inconducente y carente de seriedad, que la Corte no puede tomarlo en cuenta como tal para dedicarse a la inútil tarea de transcribirlo para poner de relieve la impertinencia de las aludidas elucubraciones.

En síntesis: la demanda no reúne los requisitos formales a que debe sujetarse conforme a lo prescrito en el citado artículo 2º de la ley 96 de 1936 y por este motivo no puede ser admitida y tenida como base para un estudio de fondo sobre inexecutableidad de los preceptos legales arriba citados.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación, declara que no es el caso de emitir una resolución de fondo sobre el escrito presentado por el señor Guillermo Serrano Uribe, a lo que se ha hecho referencia.

Notifíquese, cópiese, publíquese y archívese el presente.

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

**INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 3º, 5º, 6º y 8º DEL PROYECTO DE LEY  
"POR LA CUAL SE NACIONALIZA EL REFORMATARIO DE MENORES Y ESCUELA  
DE TRABAJO DE LA CIUDAD DE CUCUTA, Y SE DICTAN  
OTRAS DISPOSICIONES"**

1.—Para que la Corte pueda conocer de las objeciones formuladas por motivos de inconstitucionalidad por el Presidente de la República a un proyecto de ley, no es necesario que por este funcionario se expresen las razones por las cuales considere violados determinados textos constitucionales, como si ocurre, por el contrario, con las demandas de inexequibilidad que los particulares presentan ante la Corte, porque, al tiempo que en este último caso ello está preceptuado por el artículo 2 de la Ley 96 de 1936, no existe en cambio ley alguna que regule el ejercicio del derecho político de veto que al Presidente de la República confiere el artículo 118, numeral 7º, de la Constitución, ni que le imponga, en consecuencia y en caso de que ello fuera dable, la obligación de expresar las razones por las cuales considere violados determinados textos constitucionales.

2.—Es evidentemente cierto que entre las facultades o atribuciones del Congreso, el ordinal 4º del artículo 76 de la Constitución enumera la de "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse" y que en armonía con ese precepto el numeral 19 del mismo artículo le otorga también la función de "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas"; de donde se deduce rectamente, y así lo ha comprendido la Corte en forma que es ya unánime, que la facultad que corresponde al Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada por el Constituyente mismo con la necesidad de la adopción de un plan y un programa previamente fijados en las leyes, por lo cual, sin que éstas se profieran, el Congreso no puede ejercer, constitucionalmente aquella facultad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, mayo nueve (9) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En mensaje de 24 de diciembre de 1947, dirigido al Congreso Nacional, el señor Presidente de la República objetó el proyecto de ley "por la cual se nacionaliza el Reformatorio de Menores y Escuela de Trabajo de la ciudad de Cúcuta, y se dictan otras disposiciones", por considerar que los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 8º no se conforman con los mandatos contenidos en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y que el artículo 1º de dicho proyecto es inconveniente.

Consideradas esas objeciones, tanto la Cámara de Representantes como el Senado de la República las declararon infundadas y enviado nuevamente el proyecto al señor Presidente, éste en mensaje de 16 de diciembre postrero, lo remitió a la Corte junto con sus antecedentes para que aquí se decidiera sobre su exequibilidad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

Oído el señor Procurador General de la Nación quien conceptúa que, en caso de que las objeciones pudieran examinarse a la luz de lo estatuido en los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Carta el proyecto es inconstitucional, la Sala Plena de la Corte procede a decidir sobre el particular, mediante las siguientes consideraciones:

Ante todo conviene advertir que en el mensaje de objeciones se afirma que los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 8º del proyecto "no guardan armonía con las normas constitucionales vigentes" y que las que como tales en aquél se citan son tanto las contenidas en los numerales 4º y 19 como en el 20 del referido artículo 76, por lo cual, aún cuando en el mensaje se expresan con más detenimiento las razones jurídicas que dicen relación con las obras a que se contrae el numeral 20 mencionado, el problema en estudio puede legítimamente examinarse por la Corte a la luz de lo estatuido en los numerales primeramente citados, ya que no existe ley

alguna que formalmente regule el ejercicio del derecho político de veto que al Presidente de la República confiere el artículo 118, numeral 7º, de la Constitución ni que le imponga, en consecuencia y en caso de que ello fuere dable, la obligación de expresar las razones por las cuales considere violados determinados textos constitucionales, como así ocurre con las demandas de inexecutable que los particulares presentan ante la Corte, por mandato del artículo 2º de la ley 96 de 1936.

Sentado lo anterior, procede examinar si el proyecto objetado dispone emprender o continuar una obra pública nacional, que es el caso previsto en los citados numerales 4º y 19, o si trata de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, ya sean de propiedad departamental, municipal o de particulares, que es el evento contemplado en el mencionado numeral 20. Con este fin conviene transcribir el texto de sus principales disposiciones:

Artículo 1º—A partir de la vigencia de la presente ley será nacionalizado el Reformatorio de Menores y Escuela de Trabajo, que funciona en la ciudad de Cúcuta.

En consecuencia, será de cargo de la Nación su integral sostenimiento.

Artículo 2º—Una vez nacionalizado, y como homenaje a la memoria del filántropo cucuteño señor Don Rudesindo Soto, llevará el siguiente nombre: "Escuela de Trabajo y Corrección Rudesindo Soto".

Artículo 3º—La Nación procederá a construir los pabellones o ampliaciones que para su mejor eficacia debe tener un instituto de esta naturaleza, dotándolos adecuadamente, de modo que pueda aumentarse su cupo y abrirse los nuevos estudios y cátedras que, pedagógica y penitenciariamente, sean convenientes.

Artículo 4º—En reconocimiento a la memoria del doctor Alberto Durán Durán, ex-senador de la República y eficiente propulsor del Reformatorio, uno de los pabellones principales llevará su nombre.

Artículo 5º—Como en la actualidad el Reformatorio no está funcionando sino para menores de sexo masculino, la Nación, como homenaje a la ciudad de Cúcuta en el 75 aniversario del terremoto que la destruyó totalmente el 18 de mayo de 1875, fecha considerada como la inicial de su reconstrucción, tendrá terminado para el 18 de mayo de 1950 el edificio o pabellones anexos, en el cual o cuales con su debida dotación y dentro de las normas técnicas de diverso orden aconsejables, habrá de funcionar la parte femenina que a los reformatorios de menores corresponde, de manera

que en todo caso se cumpla la finalidad de esta disposición, cual es la de crear y sostener el reformatorio para mujeres menores de edad en la capital de Norte de Santander.

Artículo 6º—El Departamento de Edificios Nacionales del Ministerio de Obras Públicas procederá a la mayor brevedad a elaborar los planos y proyectos de las construcciones en referencia.

Artículo 8º—En el presupuesto de gastos de la próxima y sucesivas vigencias se apropiarán las partidas necesarias para la compra de terrenos, construcciones y sostenimiento; y autorizase al Gobierno Nacional para que, con el objeto de darle oportuno y exacto cumplimiento a la presente ley, efectúe dentro del presupuesto todas las operaciones fiscales que requieren".

Para la Corte no existe duda alguna sea que atienda para fijar el alcance del proyecto al tenor literal de las disposiciones transcritas o a la historia fidedigna de su establecimiento, (artículo 27 del C. C.), que la voluntad del legislador en aquél consignada es la de nacionalizar el Reformatorio de Menores y Escuela de Trabajo de la ciudad de Cúcuta, o sea la de que la Nación adquiera la propiedad de esa institución, y, una vez cumplido lo anterior, la de emprender o continuar, por cuenta y con fondos del Estado, las nuevas obras públicas a que él se refiere.

Al claro tenor de las disposiciones copiadas no es posible, sin desnaturalizarlas, atribuirles otro significado. Así se ve del artículo 1º, que en su primer miembro dispone que "a partir de la vigencia de la presente ley será nacionalizado el Reformatorio" y de su segundo miembro que, como una consecuencia obvia y hasta supérflua del primero, prescribe que "será a cargo de la Nación su integral sostenimiento"; del artículo 2º que estatuye que "una vez nacionalizado" el reformatorio lleve determinado nombre, cosa ésta que no podía decretarse legalmente sino partiendo de la base de que aquél pasara al patrimonio de la Nación; del artículo 3º que ordena que la Nación construya pabellones y lleve a cabo algunas ampliaciones; del artículo 5º, que fija la fecha en que la Nación debe tener terminadas las obras, y del artículo 8º que dispone, entre otras cosas, apropiarse en el Presupuesto Nacional las partidas necesarias para compra de terrenos, construcciones (subraya la Corte) y sostenimiento", lo que claramente está indicando que la orden de nacionalización que contiene el inciso 1º del artículo 1º persigue exclusivamente la finalidad de que el Estado adquiera, mediante

compra, la propiedad del terreno y de las construcciones que integran dicho Reformatorio.

Y si alguna duda existiere en presencia del tenor, que para la Corte es transparente, del proyecto, entonces el intérprete para despejarla tendría que acudir, como lo enseña el inciso 2º del artículo 27 del C. Civil, a la historia fidedigna de su establecimiento, la que en el presente caso tiene excepcional importancia al efecto, dado no sólo lo reciente de los antecedentes sino también por la circunstancia de que originales están todos a la vista de la Corte. En ellos consta lo que en seguida se copia:

En ponencia presentada a la Comisión Quinta de la Cámara por el Representante Vesga Villamizar, dice éste:

“Corresponde a la Nación la organización y dirección del régimen penitenciario, y de esta suerte nada más lógico que el actual Reformatorio de Menores de Cúcuta quede bajo la inmediata dirección y control del Ministerio de Justicia y Dirección de Prisiones, lo cual permitirá darle una organización acorde a los planes científicos que buscan la educación de los infantes en forma que los convierta en ciudadanos útiles para la sociedad”.

En la ponencia presentada a la Comisión Quinta del Senado y a éste mismo posteriormente, expresa el Senador Antonio J. Lemos Guzmán, refiriéndose al Reformatorio:

“Y como el Departamento Norte de Santander no está en capacidad fiscal para ensancharlo y mejorarlo, debe tomarlo a su cargo la Nación, a la cual, por otro aspecto, le incumbe el sostenimiento del régimen penitenciario”.

“Es pues obvio que el Estado, una vez nacionalizado el Reformatorio, construya la parte que hace falta para las menores mujeres, bien como edificación separada por completo o como anexa a la actual, lo que dirá la técnica cuando se trate de la respectiva planificación por la Nación”.

En el informe que a la Cámara presentó el representante Vesga Villamizar sobre las objeciones formuladas por el señor Presidente, en que pidió y obtuvo que éstas se declararan infundadas, dice aquél, después de sostener que en el proyecto lo que se decreta es la ejecución de una obra pública nacional, lo siguiente:

“Es preciso no confundir el alcance del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución que hace relación al fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, que no sean instituciones o empresas de la Nación. Es claro que es

diferente auxiliar a una entidad no oficial a decretar la construcción de una obra pública nacional. . . . La ley 71 de 1946 hace relación al desarrollo del ordinal 20 del artículo citado pero en manera alguna puede referirse a obras decretadas por la ley en virtud de la facultad que al Congreso confiere el ordinal 19 del mismo artículo”.

En informes rendidos al Senado y a la Comisión Quinta de la misma corporación sobre las referidas objeciones por el senador Camacho Rueda, en los cuales acoge las ideas del autor del proyecto y las del Representante Vesga, dice aquél:

“Pero como no sería justo pasar a la Nación tal instituto, sin autorizarla para hacer sus convenientes ensanchamientos y dotaciones, a ello conducen los artículos objetados por el Gobierno”.

Y el propio y único autor del proyecto, en exposición de 22 de noviembre de 1948, dirigida al Senado de la República, afirma:

“El proyecto de ley a vuestro estudio, Honorables Senadores, como podéis comprobarlo con su simple lectura, no persigue un apoyo o un auxilio de la Nación para el Reformatorio de Menores de Cúcuta, conservando su actual carácter departamental, sino su nacionalización antes que todo, y luego, al ser ya nacional, sería la Nación por sí y ante sí quien cumpliría los mandatos contenidos en los artículos 3º y 5º”.

Y fue precisa y principalmente por compartir la mencionada tesis sostenida por el autor del proyecto, por lo que tanto en la Cámara como en el Senado de la República se declararon infundadas las objeciones presidenciales.

En fin, todos, absolutamente todos los antecedentes utilizables en la historia fidedigna de este proyecto contribuyen a robustecer decisivamente la conclusión que sobre su alcance y finalidad ha dejado anotada la Sala; y en cambio, no existe en el proceso del mismo un sólo dato, ni el más leve indicio que permita pensar siquiera que la voluntad legislativa se enderezaba a apoyar o auxiliar en alguna forma la obra del Reformatorio Departamental de la Ciudad de Cúcuta.

Ahora bien, es evidentemente cierto que entre las facultades o atribuciones del Congreso, el ordinal 4º del artículo 76 de la Constitución enumera la de “fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse” y que en armonía con ese precepto el numeral 19 del mismo artículo le otorga también la función de “decretar las obras públicas que hayan de empen-

derse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas"; de donde se deduce rectamente, y así lo ha comprendido la Corte en forma que es ya unánime, que la facultad que corresponde al Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada por el Constituyente mismo con la necesidad de la adopción de un plan y un programa previamente fijados en las leyes, por lo cual, sin que éstas se profieran, el Congreso no puede ejercer constitucionalmente aquella facultad.

Y como para las obras de la naturaleza de las contempladas en el proyecto de ley sometido al control jurisdiccional de la Corte, no se han dictado hasta el momento leyes de planes y programas de orden nacional, es claro que las normas de dicho proyecto que pugnan con la tesis constitucional antes esbozada deben declararse inexecutable.

Tal ocurre con los artículos 3º y 5º que en síntesis disponen la ejecución de las obras en las circunstancias anotadas, o sea sin que existan planes y programas previamente fijados en las leyes; con el 8º, que ordena la apropiación de las sumas necesarias para comprar terrenos y construcciones y llevar a cabo las obras de que tratan los artículos citados, cuya inexecutable acarrea, como consecuencia necesaria, la de aquél, dada la estrecha vinculación que entre todos ellos existe. A igual conclusión procede llegar con respecto al artículo 6º, por el mismo motivo que acaba de expresarse. No sucede lo propio con el artículo 4º, que en manera alguna se ve que contraría las normas de la

Carta en que se apoyan las objeciones del señor Presidente.

Finalmente, es oportuno observar que la Sala nada tiene que resolver en relación con el artículo 1º, desde luego que la objeción que en su contra se formuló tuvo su fundamento en razones de mera inconveniencia, cuya consideración y decisión escapan a la competencia de la Corte, como que constitucionalmente son del resorte exclusivo y soberano del Congreso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de sus facultades constitucionales, declara que son inexecutable los artículos 3º, 5º, 6º y 8º del proyecto de ley "por la cual se nacionaliza el Reformatorio de Menores y Escuela de Trabajo que funciona en la ciudad de Cúcuta y se dictan otras medidas al respecto", y que no lo es el artículo 4º del mismo.

Publíquese, notifíquese, devuélvase al señor Presidente de la República, dése cuenta al Congreso Nacional e insértese en la Gaceta Judicial.

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

## SALA DE CASACION CIVIL

## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. — CONDENA EN COSTAS. — CORRECCION DE LA DEMANDA DE CASACION

1.—Nuestra ley enfoca la condena en costas, según el artículo 575 del C. J., a base del ejercicio malicioso o culpable de la acción, de la excepción o del recurso; sólo en singulares ocasiones da operancia a la regla *VICTUS VICTORI* que doctrinariamente va desplazando en las legislaciones modernas los principios directores de la nuestra al respecto como más acomodada que es a la naturaleza y fines del derecho de acción. El cumplimiento de las normas vigentes sobre costas hace que el Juez haya de enfrentarse con frecuencia a circunstancias difícilmente evidenciables dentro del esquema técnico del proceso civil como son la malicia y la culpa; la primera, porque la represión no cabe adecuadamente dentro de un sentido cabal del proceso, y la segunda por la frecuente dificultad de comparar acertadamente la conducta del litigante vencido con la del hombre prudente colocado en circunstancias análogas; por ello el solo vencimiento, objetivamente considerado, va imponiéndose como causa necesaria y única de la condena en costas, y por ello también las circunstancias subjetivas previstas todavía por la ley para aquélla son de apreciación soberana por parte del Tribunal que escapa a la índole y lindes de este recurso; como tantas veces lo tiene advertido la jurisprudencia.

2.—Cree la Sala que no es posible tomar en cuenta la extemporánea agregación porque, en primer lugar, el artículo 208 del C. J. regulador de la transformación objetiva de la relación procesal no puede aplicarse, análoga ni extensivamente a la demanda de casación ya que ésta difiere en su índole de la inicial destinada a estimular el ejercicio jurisdiccional por parte del Estado, y en segundo lugar, desde otro punto de vista, la

enmienda, adición o aclaración de una demanda cuando de ella se corrió ya traslado exige que se surta uno nuevo a fin de que el demandado conozca la transformación, y la afronte dentro de los principios generales del proceso. Si se aplicara, pues, dicha regulación a los escritos encaminados a fundamentar este recurso extraordinario nos hallaríamos ante un desconcertante desorden de su trámite, no admitido y repudiado por la ley.

3.—Como bien puede observarse, el fundamento del cargo no es un error evidente de hecho ni uno de derecho, sino que, en sentir de quien lo formula, el Tribunal no aplicó “la hermenéutica más elemental”; se está en presencia, pues, de una discrepancia entre el parecer del recurrente y el del sentenciador la cual no conllevaría la casación del fallo aunque fuera resuelta a favor del primero, comoquiera que la apreciación probatoria del Tribunal no puede ser variada sino por los errores que la ley señala como vías aptas para su descalificación y enmienda. No se trata del desconocimiento judicial de hechos probados, ni de viciosa aplicación de las normas sobre pruebas, sino de que el recurrente pretende enfrentar su criterio al del juzgador, lo cual es inadmisibles como tantas veces se ha advertido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Provisto de un tiquete que, según él, adquirió en la agencia “Sintrabordos” de esta ciudad, Juan Porras viajaba a la población de Chocontá en el camión mixto distinguido con la placa 887 del Departamento de Boyacá el día veinticinco de agosto

mil novecientos treinta y nueve; el vehículo se cayó al llegar al sitio denominado "Puente de Pó" a consecuencia de lo cual se lesionó dicho pasajero en el brazo izquierdo cuya amputación hizo indispensable según el dictamen de los médicos; por el valor de los perjuicios que así se le causaron Porras demandó, ante el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá, a Heraclio Esguerra no dueño y Gerente de la empresa "Sintrasbordos", o como representante de la sociedad a que pertenece o perteneció dicha empresa demandada también "para el caso de que haya tenido existencia legal y no se haya liquidado".

Puso término al primer grado del pleito el fallo proferido por el Juez el día nueve de mayo de mil novecientos treinta y cuatro en sentido absoluto para el demandado; como el actor apelara, el Tribunal Superior en sentencia fechada el veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y seis formó la recurrida pero sólo en cuanto había incurso costas al demandante.

El Juzgado dio cabida en su decisión a los preceptos reguladores de la responsabilidad por culpa quilliana, mientras para el Tribunal el caso se goberna por un contrato de transporte; sobre esa base consideró a Heraclio Esguerra libre de responsabilidad personal "por cuanto no aparece de ninguna prueba que por sí o por otra persona de cual deba responder, hubiera celebrado contrato alguno con la víctima".

Extendiéndose sobre la responsabilidad que pudiera haber al demandado en virtud de haber sido socio de la compañía "Sintrasbordos", halló que entre ésta y quien conducía el camión en el momento del siniestro no se evidenció "relación alguna de subordinación o dependencia como empleado, agente o comisionado, o en cualquiera otra calidad"; desde otro punto de vista no halló demostración alguna del contrato de transporte con la mencionada sociedad, ni con Heraclio Esguerra a través de la empresa en la hipótesis de que ésta le perteneciera exclusivamente.

El demandante interpuso recurso de casación contra lo así resuelto por el Tribunal, y para resolverlo se considera:

La demanda destinada a sustentarlo contiene varios cargos confusamente expuestos y cuya discriminación y ordenamiento emprende la Sala para hacer viable su examen.

a) El primero, llamado impropriamente primera causal de casación, se endereza contra la condena en costas porque "había un motivo más que plau-

sible para interponer el recurso de apelación' contra el fallo de primer grado.

Nuestra ley enfoca esta índole de condena, según el artículo 575 del C. J., a base del ejercicio malicioso o culpable de la acción, de la excepción o del recurso; sólo en singulares ocasiones da operancia a la regla *victus victori* que doctrinariamente va desplazando en las legislaciones modernas los principios directores de la nuestra al respecto como más acomodada que es a la naturaleza y fines del derecho de acción. El cumplimiento de las normas vigentes sobre costas hace que el Juez haya de enfrentarse con frecuencia a circunstancias difícilmente evidenciables dentro del esquema técnico del proceso civil como son la malicia y la culpa; la primera, porque represión no cabe adecuadamente dentro de un sentido cabal del proceso, y la segunda, por la frecuente dificultad de comparar acertadamente la conducta del litigante vencido con la del hombre prudente colocado en circunstancias análogas; por ello el solo vencimiento, objetivamente considerado, va imponiéndose como causa necesaria y única de la condena en costas, y por ello también las circunstancias subjetivas previstas todavía por la ley para aquella son de apreciación soberana por parte del Tribunal que escapa a la índole y lindes de este recurso, como tantas veces lo tiene advertido la jurisprudencia.

Por tanto el cargo en estudio, planteado sobre la transgresión del artículo 575 del C. J. carece de todo fundamento.

b) El segundo cargo presenta diferentes aspectos encadenados entre sí y relativos a la vinculación de Heraclio Esguerra con la empresa "Sintrasbordos", a la afiliación a ésta del vehículo en que viajó Porras, y a la celebración de un contrato de transporte entre la víctima y la dicha empresa; el recurrente cree haber traído pruebas suficientes de que el demandado responde por las obligaciones a cargo de la mencionada entidad, de que con ésta contrató, de que a ella estaba afiliado el vehículo, y de que el conductor dependía de la referida empresa. Sobre estas bases desarrolla varias quejas que se sostienen en errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria adelantada por el juzgador de segundo grado, con violación de los artículos 697 del C. C. y del C. J. y consecuencial de los preceptos contenidos en los artículos 2341, 2347, 2352, 2356 del C. C., y de los artículos 318, 266 y 322 del C. de C.

Sea lo primero observar que además de las normas citadas el recurrente tuvo el designio de se-

ñalar otras más dejando en la demanda un espacio en blanco para anotar posteriormente los números que las distinguen dentro de la legislación, lo cual después no ejecutó presentando así su libelo de cargos; vencido ya el término del traslado relativo no sólo a la parte recurrente sino también el destinado para la opositoria, la primera adicionó su demanda con la determinación de las expresiones omitidas en aquella; cree la Sala que no es posible tomar en cuenta la extemporánea agregación porque, en primer lugar, el artículo 208 del C. J. regulador de la transformación objetiva de la relación procesal no puede aplicarse analógica ni extensivamente a la demanda de casación ya que ésta difiere en su índole de la inicial destinada a estimular el ejercicio jurisdiccional por parte del Estado, y en segundo lugar, desde otro punto de vista, la enmienda, adición o aclaración de una demanda cuando de ella se corrió ya traslado exige que se surta uno nuevo a fin de que el demandado conozca la transformación, y la afronte dentro de los principios generales del proceso. Si se aplicara, pues, dicha regulación a los escritos encaminados a fundamentar este recurso extraordinario nos hallaríamos ante un desconcertante desorden de su trámite, no admitido y repudiado por la ley.

Con relación al resto de las acusaciones salta a la vista la contradictoria posición en que el recurrente se sitúa al imputar al Tribunal, como efecto de yerros en la apreciación probatoria, el quebranto simultáneo de preceptos normativos de la responsabilidad extracontractual y de la contractual; si el juzgador de segunda instancia desconoció la existencia de un contrato de transporte, cuya real celebración se afirmó en la demanda inicial del pleito y se alega ahora ante la Corte para que ésta, corrigiendo fallas en el examen de las pruebas, lo destaque, lo reconozca y asigne al demandado la responsabilidad consiguiente al desconocimiento de sus obligaciones contractuales, resulta inexplicable la cita de los preceptos reguladores de la responsabilidad extracontractual.

“El contrato, fuente de las obligaciones según la tradicional clasificación que de ellas se hizo en el derecho romano, continúa manteniendo su individualidad jurídica dentro de la clasificación actual aunque en ella se agrupe, junto con otras figuras generadoras de obligaciones, bajo la denominación genérica de “acto jurídico”. La naturaleza del contrato, ampliamente reglamentada por la ley en todos los particulares que de ella derivan, apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen el pactado que no es susceptible de ser mezclada

o confundida con la resultante de otras fuentes como el hecho ilícito por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errada e injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquellas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, y como casi parece innecesario, repetirlo sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el título 12 de su Libro IV, para recoger cuanto hace referencia a los efectos de las obligaciones contractuales, y el Título 34 del mismo Libro, para determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas, según las voces del Código. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico, ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante decisión repercute en la aplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio” (G. J., Tomo LXI, página 768).

En cuanto a la errada apreciación probatoria sobre los demás extremos propuestos se tiene lo siguiente:

Respecto del contrato de transporte, el Tribunal se expresó así:

“Sobre el tiquete, o sea la comprobación del contrato de transporte entre la empresa y el demandante, no hay prueba: el que se allegó a la investigación sumaria, no se sabe según el funcionario en cuya oficina está el expediente, quien entregó tal tiquete, por no haber constancia, pero en este juicio, el entonces Alcalde en Chocontá declaró que fue un señor de apellido López, quien entregó su tiquete, el cual se agregó al sumario.

“Ninguno de los pasajeros vio la expedición del tiquete a favor del demandante; ninguno le vio tiquete; ninguno vio que se lo pidiesen, o que él lo entregase; el propio chofer dice primero que él hizo expedir tiquete, y luego, que no se le expidió tiquete, por cuya contradicción hay que dejarlo de lado, según se determinó arriba; y solamente está un testimonio, el de Justiniano Solano H., así expresado: lo encontré (se refiere a Juan Porras), por ahí frente a la empresa “Sintrasbordós”, en San Victorino, en compañía de tres o cuatro señores y esperé que terminara su charla y en el momento le dijo a un señor de los que estaban con él

que le comprara un tiquete ahí en "Sintrasbordos", casó un billete y se lo dio"; más adelante el señor repreguntado, agrega: el señor a quien el mismo Juan Porras mandó por el tiquete, volvió con un papel, pero yo no me fijé si era o no el tiquete, don Juan le dijo: está muy bien, no más".

"Ni el señor que según este testigo compró el tiquete por orden de Porras y para éste, ni ninguno de los otros tres compañeros a que hace alusión este declaranté, comparecieron a rendir testimonio: y dando por amplitud crédito al dicho del testigo, no se sabe a quién compró el tiquete el señor que recibió la orden y el dinero, si a Sarmiento que estaba adentro, o a otra persona, que tuviese el carácter de empleado o agente de la empresa. Y el haberlo recogido Sarmiento en la calle 25, carrera 13, sin que aparezca que tenía tiquete, apenas daría base para considerar que, no estando probada la dependencia entre Sarmiento y la empresa, hubo un contrato de transporte entre el citado Sarmiento y el demandante Porras".

Estas deducciones sobre el material probatorio las impugna el recurrente así:

"Analizados estos testimonios a la luz de la hermenéutica jurídica más elemental, se hubiera llegado fácilmente a la conclusión de que entre todos los pasajeros que ocupaban el camión mencionado en la referida fecha y Empresa "Sintrasbordos" de esta ciudad, se celebró un contrato de transporte, en virtud del cual dicha empresa se obligó a conducir a los pasajeros ya citados y a algunos otros cuyos nombres no se han mencionado, al Municipio de Chocontá y puntos intermedios".

Como bien puede observarse, el fundamento del cargo no es un error evidente de hecho ni uno de derecho, sino que, en sentir de quien lo formula, el Tribunal no aplicó "la hermenéutica más elemental"; se está en presencia, pues, de una discrepancia entre el parecer del recurrente y el del sentenciador la cual no conllevaría la casación del fallo recurrido aunque fuera resuelta a favor del primero, comoquiera que la apreciación probatoria del Tribunal no puede ser variada sino por los errores que la ley señala como vías aptas para su descalificación y enmienda. No se trata del desconocimiento judicial de hechos probados, ni de viciosa aplicación de las normas sobre pruebas, sino de que el recurrente pretende enfrentar su criterio al del juzgador, lo cual es inadmisibles como tantas veces se ha advertido.

Las pruebas aducidas por Juan Porras sopesadas en su integridad, y con arreglo a su regulación legal fueron insuficientes para acreditar, a ojos del

Tribunal, los hechos generadores de la gestión actora; el fallo no desconoce los mandamientos sobre amplitud demostrativa del contrato de transporte (artículo 266 del C. de C.), ni omitió la aplicación de las previsiones legales relativas al sometimiento del empresario público de conducciones a los reglamentos destinados a regularizar el ejercicio de su industria, determinando sus relaciones con el Estado y con los particulares, ni a evitar los accidentes que comprometan la vida de los pasajeros (artículo 318 ibidem), como tampoco desconoció en dicho empresario la obligación de indemnizar a los pasajeros el daño sufrido en sus personas por vicio del carruaje, por su culpa o por la de los conductores o postillones (artículo 322 ibidem); se trata de que el sentenciador, mediante un proceso intelectual que por lo ya expresado no es susceptible de rectificación en este recurso, no halló probada la calidad de empresario en el demandado en su condición personal, o a través de una entidad organizada por él, ni el contrato de transporte.

No debe pasarse en silencio que el rigor probatorio utilizado por el Tribunal lo condujo a situarse en posición incomprensiva en frente del material decisorio: el hecho de que una persona viaje en vehículo de servicio público es suficientemente indicativo para que unido a los demás datos ofrecidos por el proceso, así no sean ellos muy precisos, destaque la fuente jurídica de esa ocurrencia; sin embargo, como sobre esas bases no se ha planteado la acusación del fallo recurrido no son susceptibles de ser estimadas por la Sala para los efectos correspondientes.

En tales condiciones el cargo no puede prosperar.

c) El tercero tiene también como base previa la existencia del vínculo contractual tantas veces nombrado, pero difiere del anterior en que se encamina a localizar la responsabilidad no en el empresario mismo sino en una entidad que, según el recurrente, absorbió la responsabilidad de aquél en virtud de una transformación de la primitiva empresa en una sociedad limitada en cuyo activo figuran como aportes los bienes de que disponía la primera.

Huelga cualquier razonamiento sobre este extremo porque descartada como queda por el planteamiento de la acusación la prueba del contrato fuente se excluye cualquier noción de responsabilidad; el ordinal 4º del artículo 540 del C. de C., de cuyo quebranto se queja el recurrente sin indicar el medio de violación, impone al liquidador de una sociedad la obligación de liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros, partiendo así

de obligaciones preexistentes que en el caso de autos no se manifiestan en forma alguna; lo mismo ocurre a propósito del artículo 590 del mismo estatuto, citado también como materia de transgresión por el demandante, cuya actividad, por tanto, no puede prosperar.

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 recurrida, o sea la que en este juicio profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día

veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Pedro Castillo Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvaro Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — El Conjuez, Juan Francisco Mújica. — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

**ACCION DE FILIACION NATURAL. — FORMAS QUE PUEDE ASUMIR EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD NATURAL.— A QUE SE REDUCE EL JUICIO ESTIMATIVO DE LA CONFESION ESCRITA DE DICHA PATERNIDAD.— INTERES QUE SE REQUIERE PARA PODER EJERCER LA ACCION DE IMPUGNACION DE UN RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD NATURAL**

1.—El reconocimiento puede hacerse voluntaria y espontáneamente por el padre en escritura pública, en testamento, en el acta de nacimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, esto es, en este último caso, por confesión judicial. La paternidad y consiguientemente la filiación en cualquiera de estos casos de reconocimiento consta de pleno derecho, es prueba plena preconstituída del estado civil. En cambio, cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada para el Juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si da o no base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad ya en cuanto debe ser una confesión escrita, emanada del pretense padre y precisa e inequívoca, esto es, como queda en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria. El caso del numeral 3º en estudio constituye una aplicación de los medios de prueba en esta clase de acciones sobre estado civil con la admisión de la prueba literal privada, improcedente en el régimen anterior a la ley 45, de tal manera que para el análisis y justiprecio de su mérito es preciso dar aplicación a las normas y principios de derecho probatorio en materia de confesión extrajudicial y documentos privados. Si fuera exigible, para la eficacia y conducencia de la confesión escrita de paternidad, como lo pretende el recurrente, la nota o diligencia de presentación personal por el padre ante el Juez, o se requiriera que el escrito contentivo de la confesión inequívoca de paternidad fuera legalmente registrado o reconocido por el confesante, dejaría de estarse en la situación del numeral 3º del artículo 4º citado para estar frente a una confesión judicial desplazando de esta manera la cuestión de la pa-

ternidad natural de su declaración por el Juez hacia el reconocimiento espontáneo y formal por el padre que haría inútil la intervención judicial cuando la ley ha descrito y reglamentado esas dos situaciones como inconfundibles desde el punto de vista de la prueba del estado civil.

2.—Como la confesión escrita que exige la ley como fundamento para la declaración judicial de paternidad natural tiene que ser inequívoca, el juicio estimativo de esta prueba se reduce en verdad al establecimiento de su autenticidad, es decir, la certeza de su autor, su verdadera procedencia del padre confesante. Si la prueba es plena a este respecto, la declaración de paternidad procede puesto que en punto a confesión no puede haber duda. Si la emanación paternal no se acredita completamente la declaración judicial no tiene base.

3.—El Tribunal incurrió en el quebranto de las disposiciones sustantivas que cita el recurrente al concluir que el solo interés de la demandante, representado en la defensa de su vocación hereditaria, es suficiente para legitimar el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento de hijos naturales. "Las acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, ha dicho esta Sala, no pueden ejercitarse lo mismo que generalmente sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar que asumen la naturaleza de motivos de orden público. El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente, sufre una excepción en este caso, porque la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones...". El Tribunal se equivocó al estimar que la ley 45 de 1936 había alterado este principio redu-

ciendo al mero interés actual y pecuniario los requisitos para poder impugnar legalmente un reconocimiento de hijos naturales, cuando dice: "El artículo 58 de la ley 153 de 1887, del cual sólo quedaron derogados por la ley 45 de 1936 las materias referentes a las causas que debían acreditarse para la impugnación del reconocimiento, establece que éste podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello". El artículo 30 de la ley 45, no leído, o mal leído por el Tribunal, dice: "Deróganse los artículos... 53, 54, 56, 58 (causas 3, 4), y 59, 66, 67, 70, 71, 72, 74 y 86 de la ley 153 de 1887....".

Las causas 3, 4 y 5 de impugnación del reconocimiento, expresamente derogadas, quedaron sin objeto a virtud de las nuevas disposiciones de la ley 45, como obviamente se deduce de su simple lectura pero sigue siendo elemento integrante de la personería sustantiva de quien impugne un reconocimiento paterno, fuera de su interés actual, la necesidad ineludible de fundar probatoriamente su acción en que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, cosa ésta bien distinta de los motivos y razones que se han agitado como base de la pretendida impugnación en esta controversia.

4.—Como acto jurídico, libre y voluntario, constitutivo esencialmente de una confesión, el reconocimiento puede ser invalidado en sentencia proferida en juicio entre las partes, demostrando el reconocedor error de hecho inculparable o justificable o que no estaba en completo uso de sus sentidos al hacerlo, o que fue hecho por violencia o dolo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En el juicio de sucesión intestada de Federico Rodríguez M., cursante en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, fue declarada heredera Matilde Rodríguez M., en su condición de hermana legítima del causante. Posteriormente, a solicitud de apoderado, fue revocado el auto en que tal declaratoria se hiciera y en su lugar se declararon herederos, sin perjuicio de terceros y

con beneficio de inventario, (auto de 13 de agosto de 1942, confirmado por el Tribunal) a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, en su condición de hijos naturales de Federico Rodríguez, calidad ésta que se consideró legalmente preestablecida por reconocimiento del padre hecho en manifestación expresa y directa ante el Juez Municipal de Samacá.

Los documentos con que judicialmente se estimó cumplido en este caso el reconocimiento de hijos naturales en el modo final de los previstos y autorizados en el artículo 2º de la ley 45 de 1936, fueron:

Copia del acta de una demanda verbal promovida ante el Alcalde de Samacá, que dice: "En Samacá, a veintiseis de mayo de mil novecientos quince, presente en el despacho de esta Alcaldía el señor Federico Rodríguez, demandó a Modesta Cely para que por medio de esta Alcaldía se le hagan entregar dos niños de nombre José del Carmen y Teresa Cely a quienes reconoce como sus hijos. Presente la demandada Modesta Cely manifestó que lo que dice el señor Rodríguez es cierto, pero que no le puede entregar sino el niño y que la niña se la entregará cuando ella sepa quién es su madre porque está muy chiquita. Esta Alcaldía después de oída la demandada en vista de la confesión hecha por la demandada Modesta Cely, y la manifestación hecha por el señor Rodríguez de que al reclamar los hijos nombrados es para educarlos y velar por su porvenir, ordena a Modesta Cely cumplir con lo estipulado en la presente diligencia conminándola con una multa de cinco mil pesos o su equivalente en cárcel. En constancia se firma la presente diligencia como aparece. El Alcalde, T. S. Mariño. — Federico Rodríguez M. — Por ruego de Modesta Cely, Cayetano Sierra. — Miguel N. Jiménez, Secretario".

Copia de un memorial dirigido por Federico Rodríguez al Juez Municipal de Samacá con fecha 19 de noviembre de 1936 con ocasión de una querrela verbal que la madre de los Cely le promovió, que dice:

"Los infrascritos Juez Segundo Municipal y Secretario, certifican: que habiendo sido hallado el memorial a que se refiere el anterior pedimento en el archivo de esta oficina, se expide copia auténtica de las piezas que contiene y que textualmente dice: "Señor Juez Municipal de Samacá. — Yo, Federico Rodríguez M., mayor y vecino de este Municipio, manifiesto respetuosamente a la cita verbal que se me hizo para una conferencia con la Cely ante usted que no puedo concurrir a ella por

tener algún achaque de salud y por tener también un viaje de urgencia. Además, es innecesario por cuanto yo he tenido en mi poder, a mi lado, atendiéndolos y cuidándolos en mi casa y a mis expensas desde muy pequeños a los dos muchachos José del Carmen y Teresa de Jesús Cely porque son mis hijos; y los servicios que me quiere cobrar la mamá ahora, junto con la crianza, no lo considero aceptable; la Cely como madre de ellos puede exigirles algo y no a mí. Como padre que soy de estos jóvenes he hecho lo que he podido por ellos y la Cely accedió a dejarlos en mi poder desde hace muchos años. Además, creo que no puede ser motivo de quejas o gestiones verbales todas esas cuestiones. Samacá, noviembre 19 de 1936. Señor Juez, Federico Rodríguez M. — Rubricado. Presentado y al despacho del señor Juez Segundo Municipal, hoy diecinueve de noviembre de mil novecientos treinta y seis. El Secretario, L. Rojas R. — Rubricado. — Es fiel y exacta copia tomada de sus originales. — Samacá, julio 14 de 1941. El Juez, (firmado) Leonardo Rojas R. El Secretario, (firmado) Cayetano Monroy Perry. — Tiene adherida y anulada una estampilla de timbre nacional por valor de \$ 0.25 moneda corriente”.

Con estas manifestaciones hechas por Federico Rodríguez en diversas épocas y ante distintos funcionarios, además de la declaración testimonial de Leonardo Rojas sobre el hecho de la presentación personal del memorial, se tuvieron por satisfechas por el Juez de la causa mortuoria de Rodríguez Mendoza las exigencias del artículo 2º de la ley 45 de 1936.

Con estos antecedentes, Matilde Rodríguez Mendoza, en libelo de fecha 24 de mayo de 1943, en su propio nombre y como heredera de Federico Rodríguez, en su calidad de hermana legítima, y para su sucesión, demandó a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely para que se hagan las siguientes declaraciones:

“1ª—Que carecen de valor legal el auto dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá con fecha 13 de agosto de 1942, notificado el 17 del mismo mes, y los autos dictados por el Tribunal Superior de Cundinamarca que confirmaron el del Juzgado, y que llevan fechas de 20 de noviembre y 17 de diciembre de 1942, notificados el 26 de noviembre de 1942 y el 22 de enero de 1943, respectivamente, en cuanto por ellos se reconoció a los demandados José del Carmen y Teresa de Jesús Cely la calidad legal de hijos naturales del señor Federico Rodríguez Mendoza, y se revocó el reconocimiento de heredera de la suscrita”.

“2ª—Que como consecuencia de la anterior declaración, los demandados no son herederos del señor Federico Rodríguez Mendoza”.

“3ª—Que se ordene la cancelación de los registros que se hubieren hecho de los autos que reconocieron a los demandados la calidad legal de hijos naturales del señor Federico Rodríguez”.

4ª—Que se declare sin valor legal cualquier adjudicación que se hiciera a favor de los demandados en la partición de los bienes del señor Federico Rodríguez a título de herederos, y se ordene por tanto la cancelación de los registros de esas adjudicaciones”, y

“5ª—Que si los demandados se oponen sean condenados en las costas del juicio”.

Los demandados contestaron la demanda negando sus hechos fundamentales y oponiéndose a las declaraciones impetradas. Alegaron las excepciones perentorias de falta de personería de la demandante, carencia de acción y prescripción. Y dentro de la oportunidad procesal correspondiente propusieron contra su demandante demanda de reconvencción en que piden las siguientes declaraciones:

1ª—Que José del Carmen y Teresa de Jesús Cely son hijos naturales de Federico Rodríguez Mendoza, y sus herederos.

2ª—Que son legalmente válidos y deben producir todos los efectos consiguientes los autos que menciona la demanda directa, dictados en el juicio sucesorio correspondiente.

3ª—Que a los contrademandantes Cely, o Rodríguez Cely, pertenecen en plena propiedad todos los bienes raíces dejados por el causante en jurisdicción de Samacá de conformidad con la sentencia del Juez del Circuito de Tunja que declaró la propiedad por prescripción a favor del causante, lo mismo que el valor de la indemnización que la Compañía de Samacá debe por perjuicios causados a Rodríguez Mendoza y la mitad de la casa y su solar ubicados en el municipio de Zipaquirá con sus frutos correspondientes.

4ª—Que la demandada debe restituir a los contrademandantes los aludidos bienes con sus frutos, además de una biblioteca, cuadros, mobiliarios e instrumentos de pintura y escultura que el causante dejó en poder de su hermana, o su valor apreciado en el juicio; y

5ª—Que por tratarse de bienes de una sucesión y haberlos ocultado o dispuesto de ellos la demandada, debe restituir el doble de su valor demostrado y sus intereses legales desde el día de la muerte del causante hasta el de la restitución, más

el valor de los perjuicios morales y materiales que les ha causado con los hechos mencionados y las costas del juicio.

Los hechos fundamentales de esta contrademanda se hacen consistir, en síntesis, en que durante los cuarenta años que Federico Rodríguez vivió en Samacá en ausencia y desatención de sus parientes, tuvo relaciones amorosas con Modesta Cely quien lo ayudó y lo atendió. Fruto de esas relaciones fueron José del Carmen y Teresa de Jesús, a quienes su padre Federico Rodríguez reclamó y reconoció desde muy pequeños entablado al efecto contra la madre una acción de policía ante el Alcalde de Samacá; llevándolos en los años de 1932 a 1934 a casa de su hermana Matilde a Zipaquirá a quien los presentó como sus hijos y quienes convivieron con ella sin ningún reparo; presentándolos como tales a muchos de sus amigos, y reconociéndolos, finalmente, de modo expreso ante el Juez Municipal de Samacá en memorial del 19 de noviembre de 1936, presentado por él con ocasión de una demanda verbal de Modesta Cely.

Se opuso Matilde Rodríguez a las pretensiones de sus contrademandantes, negó los hechos básicos de la demanda de reconvenición y opuso la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva por carecer ella de la calidad indispensable de legítima contradictora para la procedencia de la acción de filiación natural.

Trabado en esta suerte el doble litigio, fue sentenciado en primera instancia el 23 de mayo de 1944, así:

"1º—No se hacen las declaraciones solicitadas por la demandante señorita Matilde Rodríguez Mendoza en su libelo de demanda; 2º—No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvenición por los motivos anotados en la parte motiva de esta providencia; 3º—No se hace condenación en costas".

Consideró el Juzgado que el documento suscrito y presentado por Federico Rodríguez al Juez Municipal de Samacá el 19 de noviembre de 1936, abonado y reforzado por las declaraciones de quienes en ese entonces desempeñaban las funciones de Juez y Secretario, cuyas calidades oficiales se acreditaron, y con la copia del acta de demanda verbal de 1915 ante la Alcaldía de Samacá, contiene una manifestación expresa y directa de paternidad y es constitutiva de reconocimiento de hijos naturales según el artículo 2º de la ley 45 de 1936 *in fine*, de manera que los autos atacados en la demanda directa resultan legales y deben sostenerse. Denegadas así las peticiones de la demanda prin-

cipal la negativa de las dos primeras de la contrademanda carecen de objeto, y las restantes son improcedentes porque su decisión ha de buscarse dentro del juicio de sucesión de Rodríguez Mendoza, no terminado aún.

### Sentencia acusada

Por apelación de ambas partes subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial que al cabo de los trámites legales del segundo grado profirió sentencia definitiva el 26 de marzo de 1946, así:

"1º—Carecen de valor legal el auto dictado por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá con fecha 13 de agosto de 1942, y los autos dictados por el Tribunal Superior de Bogotá confirmatorios de aquél y que llevan fechas 20 de noviembre y 17 de diciembre de 1942, en cuanto por medio de ellos se reconoció a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely la calidad de hijos naturales del señor Federico Rodríguez Mendoza, y se revocó el reconocimiento de heredera de Matilde Rodríguez Mendoza".

"2º—No está probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de Matilde Rodríguez Mendoza para ser demandada en la acción de filiación natural incoada por José del Carmen y Teresa de Jesús Cely".

"3º—Declárase que los citados José del Carmen y Teresa de Jesús Cely son hijos naturales del señor Federico Rodríguez Mendoza, y por consiguiente sus herederos".

"4º—Niéganse las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda principal".

"5º—Niéganse las peticiones segunda, cuarta y quinta del libelo de la contrademanda, así como la demanda de indemnización de perjuicios".

"6º—Ordénase la inscripción del reconocimiento en los términos prescritos por el artículo 33 del Decreto 1003 de 1939".

"7º—Sin costas".

Pedida una aclaración de esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal la hizo de esta manera: "Aclárase el numeral 5º de la sentencia de 26 de marzo del año en curso, en el sentido de que la negativa allí decretada, incluye la de la súplica 3ª del libelo de contrademanda".

La motivación de este fallo se puede resumir así:

Dados los hechos y pedimentos de la demanda principal o directa no hay duda de que la acción que en ella se ejercita es la de impugnación del reconocimiento de filiación natural surtido por me-

dio de las providencias acusadas, impugnación que se funda en la falta de autenticidad del documento que sirvió de base al reconocimiento y para la cual reconoce interés y personería consecuencial a la actora. Estudia a continuación las pruebas que sirvieron de base al reconocimiento, —el memorial suscrito por Federico Rodríguez el 19 de noviembre de 1936, la declaración testimonial del secretario del Juzgado y el acta de demanda verbal ante la Alcaldía de Samacá—, insertos al principio de este fallo, y compendia así el juicio probatorio que tales documentos le merecen como prueba preconstituída del estado civil de hijos naturales de los nombrados José del Carmen y Teresa de Jesús Cely: “De las consideraciones precedentes se concluye que los elementos de prueba que se dejan relacionados, no pueden servir, ni particularmente considerados ni en su conjunto, para fundamentar la demostración del estado civil alegado, por no tratarse de documentos que con el carácter de prueba preconstituída, eliminara la previa controversia judicial sobre ese estado. Siendo ello así, el reconocimiento de hijos naturales surtido por medio de los autos acusados, y fundado en tales pruebas, adolece de la ineficacia legal que le atribuye la parte actora en la súplica principal de su libelo, la cual, por consiguiente, debe prosperar”; pero subordinada, esta prosperidad, como es natural, a la decisión que ha de recaer a la acción de filiación natural ejercida en la demanda de reconvencción.

Esta acción principal de la contrademanda se apoya, como se deduce de la petición y de las pruebas, en los numerales 3º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, “porque el éxito del pleito quiso deferirse a la resultante de la prueba documental emanada del presunto padre, y a la posesión notoria del estado civil de hijos naturales”. Dentro del primer caso, el acervo probatorio que analiza el Tribunal es el mismo que estudió con ocasión de la demanda directa y que estimó insuficiente para demostrar el reconocimiento por manifestación expresa y directa que autoriza el artículo 2º de la citada ley, esto es, como prueba preconstituída del estado civil, que excluyera por su propia suficiencia la declaración judicial de filiación por cuanto el memorial del 19 de noviembre de 1936, dirigido al Juez de Samacá no contiene la certificación auténtica de la presentación personal por su signatario Federico Rodríguez. Tales elementos de prueba, especialmente el precitado memorial, cuya procedencia del presunto padre se

acreditó plenamente con el testimonio del Juez y su secretario, Foción Espitia y Leonardo Rojas, y con los de Cayetano y Agustín Chinchilla, y con otras pruebas de mérito demostrativo convergente, fueron estudiadas por el sentenciador como prueba completa para declarar la filiación demandada. “Los elementos de prueba de que se hace mérito, —dice la sentencia— aportados al presente juicio, convergen a demostrar, que el tantas veces citado memorial sí es auténtico, o sea, que proviene del señor Rodríguez, en primer lugar, porque dos de los declarantes citados sostienen haber visto que éste firmó el memorial en el propio local del Juzgado Segundo Municipal de Samacá el 19 de noviembre de 1936 con una pluma que allí mismo se le facilitó, y en segundo lugar, porque todos concuerdan en el hecho de que él fue presentado por el mismo Rodríguez ante el personal del mismo Juzgado. Evidenciado, pues, que el memorial que se considera tiene la calidad de auténtico, que contiene una manifestación claramente expresada acerca del hecho de ser el señor Rodríguez padre de los nombrados José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, y que tal manifestación se surtió ante un funcionario competente según la ley para recibir el reconocimiento de esa filiación, es preciso concluir que el memorial satisface las exigencias a que se refiere el artículo 2º de la ley 45 de 1936; para que se opere el reconocimiento, y que debe ser aceptado, por lo tanto, como prueba de ese reconocimiento”. Y después de analizar discriminadamente la prueba testimonial sobre hechos constitutivos del estado civil de hijos naturales de los contrademandantes Cely, concluye así el Tribunal: “En resumen: la confesión de carácter extrajudicial contenida en la diligencia suscrita en la Alcaldía de Samacá el 26 de mayo de 1915; la manifestación contenida en el memorial que Federico Rodríguez dirigió al Juez 2º Municipal de Samacá el 19 de noviembre de 1936 cuya autenticidad está establecida de acuerdo con las consideraciones hechas atrás; y la prueba testimonial, últimamente analizada, —elementos estos últimos, que por sí solos fundamentarían ampliamente la declaratoria de filiación demandada— constituyen base suficiente para concluir que don Federico Rodríguez Mendoza reconoció en forma inequívoca como hijos naturales suyos a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, y que en tal virtud procede el reconocimiento de la paternidad solicitada en la primera súplica de la contrademanda, y la consecuencial de que éstos son sus herederos”.

## El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, resumida en sus motivos principales y pertinentes, interpusieron ambas partes el recurso de casación que por estar legalmente preparado se decide hoy.

**Recurso de la parte demandante.** Se acusa la sentencia por las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., que separadamente se enuncian y consideran:

**Causal primera.**—La acusación por quebranto de ley sustantiva se endereza contra la declaración contenida en el numeral 3º de la sentencia y se hace consistir en que “el Tribunal fundó la declaración de filiación natural de los contrademandantes en pruebas ineficaces e inconducentes” El cargo se formula y fundamenta así: “Por haber aplicado al caso del pleito el ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, como fundamento en que el acta extendida en 1915 ante el Alcalde de Samacá tiene el valor de carta u otro escrito contentivo de confesión extrajudicial de paternidad natural, sin tener en cuenta que el artículo 56 de la ley 153 de 1887, vigente en aquella época, sólo admitía como prueba de la filiación natural un instrumento público o un acto testamentario, el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 19 de la citada ley 153 de 1887; porque según este texto legal, las disposiciones de la ley 45 de 1936 en cuanto establecen nuevas condiciones para la administración del estado civil de hijo natural, son inaplicables a las pruebas preconstituídas antes de su vigencia, como lo fue aquella acta. Y por haber infringido en la forma indicada la disposición del artículo 19 de la ley 153 de 1887, el Tribunal violó por aplicación indebida al caso del pleito, el citado ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, pues no pudiendo apreciar el acta extendida ante el Alcalde de Samacá sino en cuanto fuera instrumento público o acto testamentario, era improcedente apreciarla como carta u otro escrito contentivo de confesión extrajudicial de paternidad natural. Por haber tenido como prueba de la filiación natural de los contrademandantes el memorial dirigido en 1936 al Juez Municipal de Samacá, no obstante que dicho memorial carece de nota o diligencia de presentación personal ante el Secretario del Juzgado, el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 358 del C. J., texto que exige dicha formalidad en todos los casos en que una persona manifieste, ante el Juez, su consentimiento o su voluntad para cualquier efecto jurídico. Por haber ad-

mitido pruebas testimoniales supletorias de esa nota o diligencia de presentación personal, la cual constituye instrumento público, conforme a las definiciones que tienen los artículos 1758 del C. C. y 632 del C. J., el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 1760 de aquel código, puesto que según este artículo la falta de instrumento público no puede suplirse con ninguna otra prueba en los actos en que la ley requiera esta solemnidad, como la requiere expresamente el artículo 358 del C. J. para actos como el que contiene el memorial en cuestión, los cuales, sin esa solemnidad, deben mirarse como no ejecutados o celebrados. Violó también el Tribunal, por infracción directa el artículo 637 del C. J., texto según el cual un documento privado, como es el memorial tantas veces citado, privado, como es el memorial tantas veces citado, no hace plena fe sino cuando ha sido legalmente registrado o está reconocido por quien aparece otorgándolo, pues dicho memorial ni fue registrado como lo exigía el art. 358 del C. J. ni fue reconocido, sino, por el contrario, tachado de falso. Y a consecuencia de todas las violaciones anteriormente indicadas, el Tribunal violó por aplicación indebida al caso del pleito, el artículo 2º de la ley 45 de 1936, en cuanto dispone que el reconocimiento de hijos naturales puede hacerse por manifestación expresa y directa ante el Juez, y el ordinal 3º del artículo 4º de esa misma ley, en cuanto establece que los escritos contentivos de confesión de paternidad natural son pruebas de ésta, pues el memorial dirigido al Juez Municipal de Samacá no constituye ni reconocimiento expreso, ni prueba documental auténtica, según lo explicado”.

“Por haber tenido los testimonios de Antonio Esamilla, Basilio Gil, Víctor Manuel Morales, Pedro M. Zerda y otros como prueba de la posesión notoria del estado de hijos naturales de los contrademandantes, el Tribunal violó, por infracción directa, los artículos 687 y 688 del C. J. que señalan las condiciones de fondo que deben reunir las declaraciones de testigos para servir de prueba, condiciones de que carecen absolutamente aquellos testimonios, puesto que los deponentes no iniciaron las razones de sus dichos ni declararon sobre los hechos que eran conducentes a establecer la posesión notoria, sino que se limitaron a hacer afirmaciones escuetas. A consecuencia de estas violaciones de la ley el Tribunal violó, por infracción directa, los artículos 593 del C. J. y 399 del C. C. y como consecuencia el ordinal 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, puesto que no habiéndose probado los hechos constitutivos de la posesión no-

oría del estado civil de hijos naturales, no era el caso de aplicar esas disposiciones legales”.

Considera la Corte:

De dos modos o maneras legales puede investirse a una persona del status jurídico de hijo natural: por medio del reconocimiento, acto jurídico voluntario y exento de vicios (artículo 2º, ley 45 de 1936), y como una consecuencia de la declaración judicial de paternidad en los casos y condiciones que determina la ley (artículo 4º *ibídem*). Ya se sabe que en el caso de estudio, dentro del temario de la demanda de casación que se está considerando, el Tribunal concluyó que Federico Rodríguez no reconoció como hijos naturales a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely porque estimó que la prueba aducida como manifestación expresa y directa hecha por el citado Rodríguez en el memorial del 19 de noviembre de 1936, dirigido al Juez Municipal de Samacá, no tenía en sí mismo, por carencia de testificación oficial ni prueba completa adjunta sobre su presentación personal, la calidad de auténtico, como es necesario que la tenga, pues el reconocimiento de hijo natural constituye en sí mismo un medio de prueba plena que sirva para establecerlo fehacientemente. Con esta tesis desechó el aludido documento como prueba preconstituida de la filiación natural que eliminara, por su incuestionable suficiencia, la controversia judicial sobre la existencia de ese estado civil. Y lo dicho sirve ya para rechazar el cargo de violación por indebida aplicación, del artículo 2º de la ley 45 de 1936.

El problema de la filiación natural debatido en esta litis ha sido emplazado y estudiado por el Tribunal, dentro de los pedimentos de la demanda de reconvencción, como un caso de declaración judicial de paternidad, el previsto en el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, para cuya decisión afirmativa se ha estimado completamente fehaciente el mismo haz probatorio que se tuvo por insuficiente como prueba de reconocimiento, por haberse establecido de manera plena en el desarrollo del litigio que el conocido memorial del 19 de noviembre de 1936, contentivo de una inequívoca confesión de paternidad, fue suscrito y presentado personalmente ante el Juez de Samacá por Federico Rodríguez Mendoza, esto es, por haberse demostrado su autenticidad. Contra esta conclusión se enderezan los cargos del recurso que en esta parte se reduce a consideraciones probatorias.

“Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, dice el artículo 4º de la ley 45 de 1936:

“3º—Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad”.

El reconocimiento puede hacerse voluntaria y espontáneamente por el padre en escritura pública, en testamento, en el acta de nacimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, esto es, en este último caso, por confesión judicial. La paternidad y consiguientemente la filiación en cualquiera de estos casos de reconocimiento consta de pleno derecho, es prueba plena preconstituida del estado civil. En cambio, cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada por el Juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si da o no base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad ya en cuanto debe ser una confesión escrita, emanada del pretense padre y precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria. El caso del numeral 3º en estudio constituye una ampliación de los medios de prueba en esta clase de acciones sobre estado civil con la admisión de la prueba literal privada, improcedente en el régimen anterior a la ley 45, de tal manera que para el análisis y justiprecio de su mérito es preciso dar aplicación a las normas y principios de derecho probatorio en materia de confesión extrajudicial y documentos privados. Si fuera exigible, para la eficacia y conducencia de la confesión escrita de paternidad, como lo pretende el recurrente, la nota o diligencia de presentación personal por el padre ante el Juez, o se requiriera que el escrito contentivo de la confesión inequívoca de paternidad fuera legalmente registrado o reconocido por el confesante, dejaría de estarse en la situación del numeral 3º del artículo 4º citado para estar frente a una confesión judicial desplazando de esta manera la cuestión de la paternidad natural de su declaración por el Juez hacia el reconocimiento espontáneo y formal por el padre que haría inútil la intervención judicial cuando la ley ha descrito y reglamentado esas dos situaciones como inconfundibles desde el punto de vista de la prueba del estado civil. En esta inaceptable confusión de casos legales se asienta la acusación de que el Tribunal fundó su declaración de filiación natural en pruebas ineficaces e inconvencientes. Por otra parte, la disposición del artículo 358 del C. J., en que se apoya centralmente el cargo que se estudia, carece de aplicación y pertinencia

porque tal texto procedimental se refiere a los actos que las partes realizan en juicio, a actos propiamente procesales y para efectos judiciales, llamados, actos de voluntad unilaterales dentro de la clasificación de los constitutivos, como son, entre otros, los previstos en los artículos 208, 255, 260, 261, 266, 358 y 461 del C. de P. C.

Como la confesión escrita que exige la ley como fundamento para la declaración judicial de paternidad natural tiene que ser inequívoca, el juicio estimativo de esta prueba se reduce en verdad al establecimiento de su autenticidad, es decir, la certeza de su autor, su verdadera procedencia del padre confesante. Si la prueba es plena a este respecto, la declaración de paternidad procede puesto que en punto a confesión no puede haber duda. Si la emanación paterna no se acredita completamente la declaración judicial no tiene base. Es en este sentido, legal y probatoriamente exacto, no en el de documento auténtico de los artículos 1758 del C. C. y 632 del C. J., como el Tribunal estudió y dedujo la autenticidad del memorial dirigido por Federico Rodríguez al Juez Municipal de Samacá: la conclusión del fallo en este punto de autenticidad no se ataca dentro del significado y alcance que le dio el Tribunal, sino en el desacertado concepto, ya rebatido, de haberse omitido solemnidades que la ley no impone en el aludido escrito contentivo de la confesión.

Por lo que hace a la acusación final del cargo, referente a errónea apreciación de la prueba testimonial aducida en demostración de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los contrademandantes Cely, hay dos razones igualmente obvias para rechazarla: es la primera, que la sentencia, como puede verse en la transcripción que se hizo de sus fundamentos, no basó legalmente su declaración de paternidad que hizo en el caso del numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, sino que simplemente hizo referencia a las declaraciones testimoniales al respecto como pruebas corroborantes, como "elementos que por sí solos fundamentarían ampliamente la declaratoria de filiación demandada". La sentencia se asienta en el caso del numeral 3º del citado artículo de la ley 45, y en esto consiste la segunda razón, porque no habiendo prosperado el recurso por ese aspecto y siendo este fundamento de la sentencia bastante por sí solo para sustentarla, los reparos de ilegalidad en materia de posesión notoria del estado de hijo, aun suponiendo que la declaración de filiación se apoyó también en

ella, carecen totalmente de utilidad y de incidencia en la decisión del recurso.

**Causal segunda.**—La incongruencia entre lo demandado y lo sentenciado, en que se funda esta causal, la hace consistir el recurrente en que el Tribunal falló **ultra petita**, y formula así el cargo "Por haber declarado que los contrademandantes son hijos naturales de Federico Rodríguez Mendoza, en cuanto esta declaración se funda en la posesión notoria de ese estado civil, el Tribunal dictó un fallo que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por aquéllos pues en la demanda de reconvenición no se invocó tal hecho como fundamento de la acción de filiación natural".

Se considera:

Al estudiar el último cargo por violación de ley sustantiva se advirtió, haciendo referencia a transcripciones textuales del fallo recurrido, que el Tribunal no incurrió en la superabundancia innecesaria de fundar simultáneamente su declaración de paternidad natural en los casos de los numerales 3º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, sino sólo en el primero, y que respecto de las pruebas concernientes a la posesión notoria, la enumeración y análisis que de ella se hizo sólo los usó como alusión a la abundancia de razones y motivos en refuerzo de su convicción sobre el hecho de que los contrademandantes Cely son hijos extramatrimoniales de Federico Rodríguez. No hay, pues, en estas condiciones la pretendida inconsonancia, que tampoco podría hallarse ni aún en el caso de que la sentencia se apoyara igualmente en la confesión escrita de paternidad y en la posesión notoria del estado civil de hijo, porque el pedimento de la demanda no se vincula exclusivamente a ninguno de los cinco casos que dan base legal a la declaración judicial de paternidad natural y los hechos fundamentales de la acción, resumidos al comienzo de esta decisión, ofrecen fundamento para el estudio probatorio del proceso en relación con las dos aludidas causales. Por lo demás, la alegación de esta causal segunda está subordinada lógicamente a la prosperidad de los ataques contra la base confesional de paternidad, porque superviviendo ésta, la causal formal por incongruencia, relativa al caso del numeral 5º del artículo 4º queda sobre el vacío y carente de toda utilidad.

#### Recurso de la parte demandada

Se endereza principalmente contra lo decidido en el numeral 1º de la parte resolutive de la sen-

encia recurrida, y se apoya también en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. Extracando el capítulo 1º de la demanda, y circunscribiendo a él la consideración de las acusaciones dentro de la facultad del artículo 538 del C. de P. C. el cargo puede sintetizarse así:

La sentencia es violatoria de los artículos 248, 1740 y 1741 del C. C., 58 de la ley 153 de 1887 y 80 de la ley 45 de 1936, directamente y como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la demanda de Matilde Rodríguez y de los autos atacados en ella, pues es evidente que la demandante planteó en su libelo como acción principal y única la de invalidez o nulidad de los autos proferidos en el juicio sucesorio de Federico Rodríguez Mendoza, en ella determinados, con el exclusivo fundamento, según sus hechos sustentarios, de la falta de nota sobre presentación personal del escrito que se consideró contentivo de confesión inequívoca de paternidad, y el Tribunal sentenciador, con notorio desprecio de los pedimentos de la demanda y de sus hechos fundamentales, estimó que se trataba de una acción de impugnación del reconocimiento de hijos naturales de los Cely, surtido por medio de las providencias acusadas. Esta arbitraria posición asumida por el Tribunal Superior frente a una demanda que en manera alguna plantea un caso de impugnación de reconocimiento de hijos naturales, lo condujo a la infracción, directa e indirecta, de las disposiciones sustantivas precisadas por haber aceptado una impugnación de tal especie al margen de las causales determinadas de manera taxativa por la ley, considerándolas equivocadamente derogadas.

En esta misma razón de la diferencia sustancial entre las cuestiones planteadas en la demanda y las resueltas por el Tribunal, se funda la alegación de la causal segunda de casación en que se acusa el fallo de incongruencia por decisión *extra petita*.

Considera la Sala:

Aunque la confrontación meramente textual de los pedimentos de la demanda directa y de la parte resolutive de la sentencia acusada no ponga a la vista ninguna inconsonancia, porque lo pedido fue la declaración de que "carecen de valor legal" los autos... y lo sentenciado es que "carecen de valor legal" tales providencias, no hay duda de que existe una evidente desarmonía jurídica entre tales extremos como se ve claramente de los hechos y razones sustentatorias del pedimento, que eran la obligada senda intelectual del Juez, sustancialmen-

te diferentes de los razonamientos que constituyen la parte motiva de la sentencia. El Tribunal encadenó sus argumentaciones dentro del falso entendimiento de que se había propuesto una acción judicial distinta de la realmente incoada. Lo demandado es que se declaren sin valor legal los aludidos autos sobre declaratoria de herederos de Federico Rodríguez para que consecuentemente se declare que los Cely no tienen tal calidad, con base en deficiencia de la prueba con que acreditaron su calidad de hijos naturales, y el Tribunal entendió que la acción ejercitada es "la de impugnación del reconocimiento surtido por medio de las providencias acusadas, fundada esa acusación en la ausencia de autenticidad del documento que sirvió de base al reconocimiento". Parece además, como si el Tribunal entendiera que los Cely fueron declarados hijos naturales en los autos en que se les reconoció como herederos dentro del juicio sucesorio de su padre, cuando para que tal declaratoria sea hecha debe estar legalmente adquirido el estado civil, por reconocimiento o por sentencia judicial proferida en juicio ordinario. Se advierte a través de estas discordancias una desviación del sentenciador sobre la ruta legal elegida para la controversia, que podría dar base de prosperidad al cargo de incongruencia por haber decidido sobre una acción no propuesta.

Planteadas y decididas la litis como de impugnación del reconocimiento, el Tribunal incurrió en el quebranto de las disposiciones sustantivas que cita el recurrente al concluir que el solo interés de la demandante, representado en la defensa de su vocación hereditaria, es suficiente para legitimar el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento de hijos naturales. "Las acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, ha dicho esta Sala, no pueden ejercitarse lo mismo que generalmente sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar que asumen la naturaleza de motivos de orden público. El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente, sufre una excepción en este caso, porque la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones...". El Tribunal se equivocó al estimar que la ley 45 de 1936 había alterado este principio reduciendo al mero interés actual y pecuniario los requisitos para poder impugnar legalmente un reconocimiento de hijos naturales, cuando dice: "El ar-

título 58 de la ley 153 de 1887, del cual sólo quedaron derogadas por la ley 45 de 1936 las materias referentes a las causas que debían acreditarse para la impugnación del reconocimiento, establece que éste podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello". El artículo 30 de la ley 45, no leído, o mal leído por el Tribunal, dice: "Deróganse los artículos... 53, 54, 56, 58 (causas 3ª, 4ª y 5ª), 59, 66, 67, 70, 71, 72, 74 y 86 de la ley 153 de 1887...".

Y el citado 58 dice: "El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello. En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan: 1ª y 2ª. La primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el artículo 248 del Código Civil".

Y éste dice: "En los demás casos podrá impugnarse la legitimación probando alguna de las causas siguientes: 1ª—Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante. 2ª—Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el Título 18, De la maternidad disputada".

Las causas, 3ª 4ª y 5ª de impugnación del reconocimiento, expresamente derogadas, quedaron sin objeto a virtud de las nuevas disposiciones de la ley 45, como obviamente se deduce de su simple lectura. Pero sigue siendo elemento integrante de la personería sustantiva de quien impugne un reconocimiento paterno, fuera de su interés actual, la necesidad ineludible de fundar probatoriamente su acción en que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, cosa ésta bien distinta de los motivos y razones que se han agitado como base de la pretendida impugnación en esta controversia.

Como acto jurídico, libre y voluntario, constitutivo esencialmente de una confesión, el reconocimiento puede ser invalidado en sentencia proferida en juicio entre las partes, demostrando el reconocedor error de hecho inculpable o justificable o que no estaba en completo uso de sus sentidos al hacerlo, o que fue hecho por violencia o dolo. Sobra advertir que de tal evento no se trata aquí. En el concepto de la nulidad procesal, que quizá es el que mejor enmarca la demanda de Matilde Rodríguez Mendoza, tampoco se le encuentra fundamento ni procedencia, ya porque en el actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar nulidad de autos interlocutorios por vicios que pueden afectar su esencia, tomándolos como piezas aisladas, independientes del juicio

en que se produjeron, como ocurría en la anterior legislación procedimental, como porque la fundamentación de su ineficacia no se ha invocado ninguna de las causales que taxativamente señala la ley como generadoras de nulidad procedimental.

Hay, por otra parte, cierta contradicción sustancial entre las decisiones que pronunció la sentencia respecto de las dos demandas —la directa y la de reconvencción— en punto a filiación, porque a la vez que niega valor legal a la declaratoria de heredero hecha en el juicio de sucesión en favor de los Cely como hijos naturales de Federico Rodríguez, en la otra los declara hijos naturales y en tal condición sus herederos. Depende esta situación un poco artificiosa del mecanismo conceptualmente probatorio en que se desenvuelven las consideraciones de la sentencia. Podría hasta pensarse que en estas condiciones hay falta de interés en el demandado recurrente para proponer el cargo que se está estudiando, porque la sentencia los declara hijos naturales de Federico Rodríguez y en esa condición sus herederos, que legalmente desplazan de su sucesión, como lo había decidido el Juez del Circuito de Zapaquirá, a la hermana del causante; pero quizá sea interés bastante para justificar el recurso en esta parte la defensa y conservación de la posición procesal ya adquirida dentro del juicio mortuario de Federico Rodríguez con la declaratoria de herederos contenida en las providencias atacadas por la pretendiente a su herencia.

También formula el recurrente demandado el siguiente cargo: "Por no haber estudiado y decidido a tono las súplicas de la contrademanda relacionadas con la propiedad y restituciones de bienes, el Tribunal infringió los artículos 472, 481 y 593 del C. J., y los artículos 950, 962, 758, 2531, 2532, 2534 del C. C. y 1º de la ley 50 de 1936, 1º y 2º de la ley 120 de 1928".

La sentencia recurrida, en un breve capítulo final denominado "Súplicas consecuenciales de la contrademanda", se refiere a los pedimentos de declaratoria de propiedad formulada por los Cely sobre bienes pertenecientes a la herencia de su padre natural, y la consiguiente restitución a ellos con indemnización de perjuicios, y los deniega con la razón de que estando ilíquida la sucesión de Federico Rodríguez, los contrademandantes Cely no podían demandar para sí y en nombre propio la reivindicación de bienes pertenecientes a su causante. Esta buena razón de la sentencia, relativa a la personería sustantiva, permanece invulnerable

válida porque los ataques que contra ella se en-  
frezan se reducen a consideraciones generales,  
critos en estilo de instancia, y destinados a de-  
mostrar cómo las palabras de una demanda no  
pueden prevalecer sobre lo que fue la intención  
de su redactor, con olvido de que las tesis de que  
estas demandas son susceptibles de interpretación,  
deben entenderse, como lo ha dicho la Corte, hasta  
donde lo permitan las expresiones inequívocas, la  
razón jurídica y la ley. La mayor parte de las alega-  
ciones del recurrente a este respecto versan in-  
directamente sobre la propiedad misma de las cosas  
literarias, sobre las pruebas aducidas en este  
sentido, porque este aspecto estuvo fuera de las  
consideraciones y razones de la sentencia en el  
articular.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de  
Justicia, Sala de Casación Civil, administrando jus-  
ticia en nombre de la República de Colombia  
por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE**  
de la sentencia recurrida, que queda así:

1º—No se hacen las declaraciones solicitadas por  
Matilde Rodríguez Mendoza en su libelo de de-  
manda;

2º—No está probada la excepción perentoria de  
legitimidad de la personería sustantiva de Matil-

de Rodríguez Mendoza para ser demandada en la  
acción de filiación natural incoada por José del  
Carmen y Teresa de Jesús Cely.

3º— Declárase que los citados José del Carmen  
y Teresa de Jesús Cely son hijos naturales del  
señor Federico Rodríguez Mendoza, y por consi-  
guiente sus herederos.

4º—Niéganse las peticiones segunda, tercera,  
cuarta y quinta del libelo de la contrademanda,  
así como la demanda de indemnización de per-  
juicios;

5º—Dése cumplimiento a lo ordenado en el ar-  
tículo 33 del Decreto 1003 de 1939.

6º—Sin costas.

En los anteriores términos queda reformada la  
sentencia del Juzgado Primero del Circuito de  
Zipaquirá.

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

**Pedro Castillo Pineda.** — **Ricardo Hinestrosa**  
**Daza.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Hernán Sala-**  
**manca.** — **Manuel José Vargas.** — **Hernán Copete,**  
**Conjuez.** — **Pedro León Rincón,** Secretario.

## EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO. — SOCIEDAD CONYUGAL SUCESION (SU NATURALEZA JURIDICA)

1.—El sistema decisorio consistente en declarar probada la excepción de "petición de modo indebido" empleado por los Tribunales con frecuencia progresiva, impone la delimitación precisa de esos conceptos utilizados arbitraria e inconducentemente en la mayoría de los casos.

En nuestra estructura legal del proceso no es conocida la expresión con que se denomina tal medio exceptivo el cual, por otra parte y dada la amplitud de sus términos, da campo a toda suerte de ambigüedades y de consiguientes inexactitudes.

En el Código Judicial subrogado con la ley 105 de 1931 consistía en utilizar vías procesales inadecuadas para el trámite del pleito, o sea precisamente una de las formas de la hoy llamada inepta demanda según las voces del artículo 333 del estatuto vigente. Nada impediría en la práctica continuar aplicando la antigua nomenclatura mientras ello se haga con relación a fenómeno idéntico al contenido en la desusada locución, pero resulta inaceptable prolongar su empleo con destino indiferente respecto de toda suerte de insucesos de la demanda; ellos se deben siempre, siguiendo el entendimiento literal de las palabras, a peticiones indebidas porque no reclama debidamente quien carece de derecho, o de personería, o de pruebas del título que alega, o quien demanda a persona diversa del obligado, o quien pretermite la gradación de la competencia jurisdiccional; pero todas estas anómalas actitudes, que dentro de un sentido natural y obvio de los vocablos caben dentro de la "petición de modo indebido", no son susceptibles de esa calificación procesal, en primer lugar porque ella está circunscrita a un determinado vicio de las ritualidades del litigio, y, en segundo término, porque separándolo de su acepción cabal y estricta se llega a revestir de la calidad temporal de las excepciones dilatorias del fondo a multitud de sucesos que aparejan pura y simplemente la absolución del reo, o

que generan nulidades, o que por cualquier medio reclaman un tratamiento diferente del reservado a los medios exceptivos.

Este último aspecto es singularmente grave porque en ocasiones interfiere la normal formación de la cosa juzgada, dilatando ilegalmente la solución de las controversias civiles, multiplicando caprichosamente el número de ellas, privando a las partes de alcanzar posición firme emanada de un fallo que tenían derecho, y quebrantando claramente el precepto que, para evitar los males apuntados, contiene el artículo 481 del C. C.

2.—Como lo tiene prevenido la jurisprudencia, la sociedad conyugal y la sucesión no son personas morales ni, por tanto, sujetos de derecho; en esa virtud no son susceptibles de que respecto de ellas se predique la distinción material y jurídica existente entre la sociedad o, la persona jurídica y los individuos humanos que concurren a su formación; quien dice derechos de la sociedad conyugal, expresa derechos conjuntos de los cónyuges acerca de un patrimonio común; quien habla de pedir para la herencia significa tan solo que reclama para los herederos.

Las locuciones sucesión y sociedad conyugal simples "nomen juris", utilizando la expresión de Ruggiero refiriéndose a la primera, no son expresivas de entidades morales capaces de comparecer en juicio para formar, como actoras o demandadas, el presupuesto relativo al elemento personal de la acción; a través suyo operan intereses individuales de sujetos que para incorporar determinados bienes en su propio patrimonio han de liquidar otros primero porque su derecho en ellos es concurrente con el de una o varias personas pero no porque tales figuras, aunque impliquen la existencia de patrimonios relativa y transitoriamente autónomos, constituyan elementos de personificación jurídica separada de la de los individuos físicos, cónyuges o herederos, o de los sucesores universales de aquéllos.

Estos últimos no pueden actuar judicialmente para la sucesión o para la sociedad conyugal como si pidieran para otro; por el contrario, es precisamente su vinculación con la herencia o con la compañía de esposos lo que les da personal interés jurídico fácilmente identificable con el representado por esos nombres para actuar por medio y a través de ellos.

Así, quien pide, como en el caso de autos, invocando la calidad hereditaria de uno de los cónyuges en orden a que ciertos bienes regresen al común dominio de la sociedad conyugal ilíquida, está pretendiendo realizar el derecho de su causante como sucesor y representante suyo; las figuras tantas veces nombradas inciden como títulos explicativos de la CAUSA PETENDI, pero en caso alguno desplazan el interés jurídico de los actores hacia otras personas o entidades capaces de pedir por y para sí lo que para ellos reclaman los primeros; la visión que del problema presenta el Tribunal quedaría reducida, en consecuencia, a trabar nuevamente este pleito entre las mismas partes, por la misma vía, sobre el mismo bien, con causa idéntica, pero variando en la demanda las expresiones relativas a quien ejerce el derecho de acción sin desalojarlo de los actuales demandantes, sin modificar su posición petitoria, ni la legitimación de su causa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Durante el matrimonio que contrajo con Rosario Rojas adquirió Luis M. Estrada los inmuebles a que se refiere la demanda inicial de este pleito, los cuales enajenó después de fallecida su esposa sin que previamente se hubiera liquidado el haber de la sociedad conyugal.

Con base en estos hechos los hijos habidos por los esposos Estrada-Rojas demandaron después de la muerte de su padre, a Suizo Fina y a Catalunya J. H. de Fina compradores de los aludidos bienes raíces en el libelo repartido al Juez Tercero Civil del Circuito de Cali, diciendo obrar como partícipes "en la comunidad de bienes formada por los pertenecientes a la sociedad conyugal", para obtener:

a) La declaración judicial de que los dichos inmuebles pertenecen a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de que se viene tratando; b) La condena de los demandados a la restitución de aquellos y de sus frutos como poseedores de mala fe; c) La cancelación de las inscripciones correspondientes y las costas".

El Juez desató el primer grado del pleito en forma favorable para los demandantes en sentencia del treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y seis, la cual revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al resolver la apelación que los demandados propusieron contra lo decidido por el Juez; el fallo de segunda instancia, proferido el veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y siete, declaró probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, a lo cual llegó como consecuencia de las razones que a continuación se transcriben:

"Para el Tribunal los herederos como en el presente caso, no son los representantes de la sociedad conyugal. Ellos no pueden hablar a nombre y en representación de dicha sociedad conyugal. Los únicos representantes legítimos de la sociedad conyugal son los respectivos cónyuges, entre quienes se forma, pero no los herederos de dichos cónyuges, que vienen a representar es a la comunidad herencial de aquellos que absorbe desde todo punto de vista a la sociedad disuelta por la muerte de los esposos que la formaron. De consiguiente cuando se quiere obtener la restitución de bienes correspondientes a una sociedad conyugal disuelta e ilíquida y la acción la promueven los herederos del cónyuge muerto, deben ejercitarla a nombre de la sucesión del cónyuge fallecido, y no de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de los esposos de cuyo origen derivan el derecho a suceder a sus causantes, puesto que ya radica en la persona de los mismos su derecho a accionar, porque la herencia se defiende al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (artículo 1013 del C. C.)".

Contra esa providencia de segundo grado ha recurrido en casación ante la Corte la parte demandante, y a resolver lo que fuere del caso se procede por estar los autos legalmente preparados al efecto.

Ya se vio el fundamento de la sentencia impugnada la cual acusa el recurrente como transgresora, por interpretación errónea, de los artículos 1013, 1155, 1325, 1821 y 1832 del C. C., y por no haberlos aplicado, de los preceptos contenidos en los artículos 1812 y 1836 del C. C.

Se considera:

El sistema decisorio consistente en declarar probada la excepción de "petición de modo indebido" empleado por los Tribunales con frecuencia progresiva, impone la delimitación precisa de esos conceptos utilizados arbitraria e inconducentemente en la mayoría de los casos.

En nuestra estructura legal del proceso no es conocida la expresión con que se denomina tal medio exceptivo el cual, por otra parte y dada la amplitud de sus términos, da campo a toda suerte de ambigüedades y de consiguientes inexactitudes.

En el Código Judicial subrogado con la ley 105 de 1931 consistía en utilizar vías procesales inadecuadas para el trámite del pleito, o sea precisamente una de las formas de la hoy llamada inepta demanda según las voces del artículo 333 del estatuto vigente. Nada impediría en la práctica continuar aplicando la antigua nomenclatura mientras ello se haga con relación a fenómeno idéntico al contenido en la desusada locución, pero resulta inaceptable prolongar su empleo con destino indiferente respecto de toda suerte de insucesos de la demanda; ellos se deben siempre, siguiendo el entendimiento literal de las palabras, a peticiones indebidas porque no reclama debidamente quien carece de derecho, o de personería, o de pruebas del título que alega, o quien demanda a persona diversa del obligado, o quien pretermite la gradación de la competencia jurisdiccional; pero todas estas anómalas actitudes, que dentro de un sentido natural y obvio de los vocablos caben dentro de la "petición de modo indebido", no son susceptibles de esa calificación procesal, en primer lugar, porque ella está circunscrita a un determinado vicio de las ritualidades del litigio, y, en segundo término, porque separándolo de su acepción cabal y estricta se llega a revestir de la calidad temporal de las excepciones dilatorias del fondo a multitud de sucesos que aparejan pura y simplemente la absolución del reo, o que generan nulidades, o que por cualquier medio reclaman un tratamiento diferente del reservado a los medios exceptivos.

Este último aspecto es singularmente grave porque en ocasiones interfiere la normal formación de la cosa juzgada, dilatando ilegalmente la solución de las controversias civiles, multiplicando caprichosamente el número de ellas, privando a las partes de alcanzar posición firme emanada de un fallo a que tenían derecho, y quebrantando claramente el precepto que, para evitar los males apuntados, contiene el artículo 481 del C. C.

En la providencia que se impugna ante esta Sala

se acogió la irregular manera decisoria de que se viene tratando, y se dio el nombre de petición de modo indebido a la circunstancia de haberse de mandado para la sociedad conyugal Estrada-Rojas y no para la sucesión del cónyuge difunto; si efectivamente ese planteamiento del pleito enervara su prosperidad no conllevaría tal solución sino otra de fondo como podrá advertirse en los subsiguientes apartes.

En efecto: la razón dada por el Tribunal para denegar el fallo de la acción reivindicatoria propuesta por los hermanos Estrada Rojas peca procesalmente por las razones ya apuntadas, y desde un punto de vista sustancial por el empleo artificial de los conceptos que lógica y jurídicamente se contienen en las creaciones legales llamadas herencia o sucesión y sociedad conyugal.

Estas no son, como lo tiene prevenido la jurisprudencia, personas morales ni, por tanto, sujetos de derecho; en esa virtud no son susceptibles de que respecto de ellas se predique la distinción material y jurídica existente entre la sociedad o la persona jurídica y los individuos humanos que concurren a su formación; quien dice derechos de la sociedad conyugal, expresa derechos conjuntos de los cónyuges acerca de un patrimonio común; quien habla de pedir para la herencia significa tan solo que reclama para los herederos.

Las locuciones sucesión y sociedad conyugal simples "nomen juris", utilizando la expresión de Ruggiero refiriéndose o la primera, no son expresivas de entidades morales capaces de comparecer en juicio para formar, como actoras o demandadas, el presupuesto relativo al elemento personal de la acción; a través suyo operan intereses individuales de sujetos que para incorporar determinados bienes en su propio patrimonio han de liquidar otros primero porque su derecho en ellos es concurrente con el de una o varias personas pero no porque tales figuras, aunque impliquen la existencia de patrimonios relativa y transitoriamente autónomos, constituyan elementos de personificación jurídica separada de la de los individuos físicos, cónyuges o herederos, o de los sucesores universales de aquéllos.

Estos últimos no pueden actuar judicialmente para la sucesión o para la sociedad conyugal como si pidieran para otro; por el contrario, es precisamente su vinculación con la herencia o con la compañía de esposos lo que les da personal interés jurídico fácilmente identificable con el representado por esos nombres para actuar por medio y a través de ellos.

así quien pide; como en el caso de autos, invocado la calidad hereditaria de uno de los cónyuges en orden a que ciertos bienes regresen al nún dominio de la sociedad conyugal ilíquida, á pretendiendo realizar el derecho de su caudete como sucesor y representante suyo; las fincas tantas veces nombradas inciden como títulos aplicativos de la **causa petendi** pero en caso alguno desplazan el interés jurídico de los actores hacia otras personas o entidades capaces de pedir y para sí lo que para ellos reclaman los primeros; la visión que del problema presenta el Tribunal quedaría reducida, en consecuencia, a traer nuevamente este pleito entre las mismas partes, por la misma vía, sobre el mismo bien, con una idéntica, pero variando en la demanda las presiones relativas a quien ejerce el derecho de acción sin desalojarlo de los actuales demandantes, sin modificar su posición petitoria, ni la legislación de su causá.

Bien puede observarse cómo anduvo errada la solución que en segunda instancia se impartió a este pleito vulnerando el derecho que a los herederos del cónyuge fallecido existe para reivindicar, en representación de su causante, el bien enajenado por el otro consorte cuando ya la muerte de la esposa había disuelto la sociedad conyugal; tal ocurrencia obligaba a la liquidación del patrimonio formado y gravado según las reglas especiales y exclusivas del Capítulo 2º, Título 22 del Libro Cuarto del C. C.; antes de dicha liquidación ni los herederos del fallecido, ni el marido superviviente, despojado ya del aparente dominio ante terceros sobre los bienes sociales, podían enajenarlos total o parcialmente; sus facultades dispositivas sobre ellos estaban limitadas a la luz de las imposibilidades que establece la ley especialmente en el artículo 1871 del C. C., con fundamento en la falta de concurrencia.

Es con base en la venta de cosa ajena, refiriendo este adjetivo a patrimonio extraño y no a tercera persona, como se ha de plantear la solución del presente litigio pues precisamente con miras al haber social reivindicar los herederos del uno de los cónyuges ciertos inmuebles para reincorporarlos a aquél; ese mismo fundamento rechaza la pertinencia de la alegación encaminada a mezclar en la litis los problemas atinentes al saneamiento a cargo de Luis M. Estrada y de sus herederos los demandantes comoquiera que éstos, según lo tantas veces repetido y como fluye de sus pretensiones clara y oportunamente deducidas, obran a nombre de la esposa difunta para que regresen ciertos bie-

nes al patrimonio de la sociedad conyugal que, libertado de la administración exclusiva del marido, no sobrelleva legalmente la carga de sanear lo que uno de sus miembros enajenó sin facultad para hacerlo.

Son pertinentes a este caso los siguientes racionios expuestos por esta Sala en fallo que corre publicado a las páginas 688 de los números 2034, 35, 36 de la **Gaceta Judicial**:

“Si las fincas que dijo vender el marido pertenecen a la sociedad conyugal no liquidada, y si para entonces la ley lo había desposeído de su exclusiva facultad dispositiva, no hay duda de que las ventas aludidas fueron actos personales del cónyuge y que no hay razón jurídica para entender que alguno de los efectos de ese contrato pueda vincular la responsabilidad patrimonial de la sociedad conyugal. El saneamiento es obligación generadora en el contrato de venta y corre a cargo personalmente del vendedor o sus causahabientes. La situación jurídica de obligado personal por razón del saneamiento, que en vida le reconoce el recurrente a N. N. no varió ni tenía por qué variar por razón de su muerte, que la hizo pasar a sus herederos, pero en manera alguna la llevó al pasivo y cargas de la sociedad conyugal, tercero en los contratos referidos porque quien los celebró no podía afectar legalmente su patrimonio especial y por consiguiente no le pueden ser oponibles”.

Las razones que anteceden demuestran que el Tribunal violó, no aplicándolo, el artículo 1836 del C. C., lo que apareja la casación del fallo recurrido, siendo bastantes asimismo para fundar en parte la sentencia de instancia; por lo demás se considera:

Están acreditados con las partidas de origen eclesiástico presentadas con la demanda el matrimonio de Luis María Estrada con Rosario Rojas, la defunción de ésta el ocho de enero de mil novecientos treinta y cuatro, la adquisición onerosa por parte del esposo de los inmuebles que se reivindicán acaecida diez años después de contraído el vínculo matrimonial, y la enajenación de los mismos por su comprador Estrada a favor de Suizo. Fina y Calatunya J. H. de Fina con posterioridad a la defunción de Rosario Rojas; con las pruebas traídas durante el término probatorio de primera instancia se demuestra la vocación hereditaria de Miguel Angel y Noemí Estrada como hijos legítimos de los prenombrados cónyuges, la cual, desde otro punto de vista, no es materia litigiosa; la inspección ocular practicada durante el mismo lapso es bastante a identificar los inmuebles materia del

juicio como los adquiridos y enajenados en las circunstancias dichas por Luis María Estrada; la posesión que sobre ellos tienen los demandados está afirmada por su personero al responder el hecho décimo séptimo de la demanda; en tales condiciones se reúnen los elementos básicos de la acción reivindicatoria habido conocimiento de las razones que sobre su fundamento legal se dejaron expuestas.

Bajo el nombre de excepciones la parte demandada presentó varias defensas que, si bien en sentido lato concuerdan con aquella denominación, se sustraen a lo que en nuestra ley se consagra como tales medios de paralizar el poder jurídico del demandante; miran todas ellas a la legitimidad del título de los esposos Fina, a la posibilidad de enajenación que asistía a Luis M. Estrada, y a la legitimación en causa de los actores temas que se deciden conjuntamente con la acción propuesta, la cual prospera.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en

Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida o sea la que profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete, y obrando como juzgador de instancia confirma el fallo de primer grado que el Juez Tercero Civil del Circuito de Cali dictó con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en la segunda instancia.

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

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

## ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Carmen González demandó a Marfo A. Orjuela Laverde, Otilia y María Matiz Laverde, como herederos de Juan Agustín Orjuela Laverde, para que fueran condenados a pagarle el valor de la alimentación, atenciones y cuidados personales dispensados por ella al nombrado causante en los últimos treinta y un meses de su vida, y el valor de la habitación que ocupó él en el mismo lapso de tiempo.

La sentencia de primera instancia fue desfavorable a la demandante; pero, impugnada por ella, mediante el recurso de apelación, obtuvo en segunda instancia que el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 1º de agosto de 1947, la revocara y en su lugar condenara a los herederos demandados a pagarle \$ 3.255.00 y las costas de ambas instancias.

Este fallo fue corregido por el del 12 de septiembre siguiente, el que elevó la condena a la suma de \$ 3.875.00, por haber dejado de sumar el tribunal los \$ 620.00, valor de la habitación, a los \$ 3.255.00 valor deducido para la alimentación, atenciones y cuidados.

Notificada esta corrección, el apoderado de las dos herederas Matiz Laverde interpuso recurso de casación que la Sala va a decidir en esta providencia por haber sido sustanciado debidamente.

En la sentencia acusada el Tribunal empieza notando que la petición de la demandante se funda en el principio jurídico que prohíbe el enriquecimiento sin causa y a expensas de otro; enumera luego los elementos de la acción *in rem verso*, que es, en su parecer, y de acuerdo con las declaraciones del libelo, la acción ejercida por la demandante; entra a analizar cada uno de los cinco elementos enumerados y a estimar las pruebas producidas o la situación procesal existente respecto de cada uno y va concluyendo que cada uno de ellos está acreditado, por lo cual debe prosperar la acción;

después fija la cuantía de la deuda existente a cargo de la sucesión, por esa causa, tomando el avalúo dado por peritos a la alimentación y a las atenciones y cuidados personales, y a la suma señalada en la demanda por el valor de la habitación, ya que la estimación pericial fue superior en este particular.

El recurrente invoca la segunda causal de casación, diciendo que el Tribunal falló *ultra petita* porque condenó a pagar \$ 625.00 por la ocupación de la pieza en que vivió Orjuela, cuando lo pedido en la demanda por este concepto no eran sino \$ 620.00. Mas el cargo carece de todo fundamento porque en la providencia del 12 de septiembre de 1947, donde se corrigió el error numérico cometido en el fallo del 1º de agosto de 1947, se ve muy claramente que la elevación de la cuantía de la condena de \$ 3.255.00 a \$ 3.875.00 resultó de sumar a la primera cantidad la de \$ 620.00, valor del techo prestado por la demandante a Orjuela.

En los párrafos siguientes el recurrente formula tres cargos de violación de la ley sustantiva por haber dejado de aplicarla y uno relativo a la acción *in rem verso*, a saber: a) Falta de aplicación de los artículos 2063, 2064, 2065, 2066 y siguientes del capítulo en que el Código Civil trata del arrendamiento de servicios inmateriales, pues el Tribunal no se refirió en la sentencia a este contrato, siendo así que en este caso la acción desemboca prácticamente en aquel contrato; y falta de aplicación de los artículos 1973, que define el arrendamiento, 1974, 1975 y siguientes del C. C., relacionados con el arrendamiento de cosas, porque si el causante hubiere debido unos arrendamientos, lo jurídico habría sido demandar a la sucesión para el pago de su valor, ejerciendo una acción principal y no principiar con la acción *in rem verso* que es subsidiaria; b) Falta de aplicación de los artículos 1494, 1495, 1496 y siguientes del Código Civil, por cuanto en el presente caso no aparece probado el contrato de arrendamiento, ni el de cosas, ni el de servicios; c) Falta de aplicación de los artículos 1502, 1517, 1524 y siguientes, por no haberse probado que Orjuela hubiera consentido en el contrato que allega la demandante; d) La acción *in rem verso* no es viable comoquiera que no se han llenado sus

requisitos, uno de los cuales es que no exista otra acción a la cual pueda recurrir el demandante, pues aquella es subsidiaria, y en este caso la demandante no acudió a la acción derivada del arrendamiento de cosas y de servicios, que era la que podía tener a su favor.

Se considera:

En general la demanda de casación no se conforma a las regulaciones de este recurso extraordinario; hace en ella el recurrente acusaciones contra la sentencia sin apoyarlas en demostraciones sino con el respaldo de meras afirmaciones. El modo de violación de la ley sustantiva que señala en diferentes acusaciones, falta de aplicación, no está previsto por nuestra ley procesal; pero en muchos casos la inaplicación de normas desempeña un papel en casación, porque, aunque la norma que se desconoce por omisión no se viola estrictamente hablando, cuando ha habido inaplicación de una disposición que debía ser aplicada es porque se ha aplicado indebidamente otra norma legal. En el presente caso, si las normas aplicables al caso eran las que señala el recurrente, ha debido formular su acusación por aplicación indebida de aquellas otras que pudieron servir al Tribunal de fundamento, aunque no las citara; porque es evidente que sólo se podría decir que hubo inaplicación de las disposiciones relativas al arrendamiento de servicios, al de cosas, al contrato como fuente de obligaciones, y a las condiciones de validez de los actos jurídicos, después de que se hubiera demostrado que en este caso no eran aplicables los principios jurídicos que, derivados de varias normas positivas, entre ellas los artículos 8º y 48 de la ley 153 de 1887, regulan la restitución del enriquecimiento sin causa, después de demostrar que se había verificado por el sentenciador una aplicación indebida de tales principios.

La queja que lanza el recurrente contra el Tribunal por no haber aplicado las disposiciones citadas en las tres primeras letras del anterior resumen es de lo más improcedente porque, habiendo derivado la demandante sus pretensiones del enriquecimiento sin causa del causante de los demandados y a expensas de ella, mal podría el sentenciar

por pensar siquiera en las reglas del arrendamiento, en el contrato como fuente de obligaciones y en los requisitos de validez de los actos jurídicos, pues el enriquecimiento injusto es uno de los hechos ilícitos que producen obligaciones, fuente distinta de los contratos o convenciones, y puesto que la controversia había sido planteada sobre la base de que entre la demandante y Orjuela no había mediado ningún contrato; y es contradictoria en sí misma la queja ya que el propio recurrente dice que no existió contrato de arrendamiento entre González y Orjuela, ni aparece comprobado en autos, y entonces es imposible explicarse los cargos de inaplicación de disposiciones relativas a contratos en general y al arrendamiento en particular. Y en fin, el carácter subsidiario de la acción *in rem verso* ejercida en este pleito es manifiesto desde que el mismo recurrente niega el arrendamiento, y así, la exigencia de que antes debía recurrir la demandante a la acción derivada del arrendamiento aparece como una pretensión de señalarle a la González una acción que seguramente la hubiera conducido al fracaso.

Estas breves consideraciones son bastantes para rechazar los cargos de que se trata.

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, rechaza el recurso de casación y no casa la sentencia pronunciada en este pleito del Tribunal Superior de Bogotá, del 1º de agosto de 1947, corregida o aclarada el 12 de septiembre siguiente.

Sin costas por no haberse causado.

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

Pedro Castillo Pineda. — Alvaro Leal Morales. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Gabriel Rodríguez Ramírez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Bin-ción, Secretario en propiedad.



ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE PAGO DE PERJUICIOS. —  
CESION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1.—Por constituir una excepción dentro del derecho común u ordinario, las condiciones que se generan en las estipulaciones contractuales no pueden presumirse y deben ser expresadas en términos que revelen inequívocamente la intención de los contratantes de subordinar sus obligaciones a un hecho de tal naturaleza, sin necesidad de usar palabras sacramentales pero empleando expresiones que no dejen duda sobre el ánimo subordinante, que constituye la característica esencial de la modalidad condicional.

2.—Es objeto lícito y posible de las obligaciones el hecho de un tercero. “Siempre que por uno de los contratantes —dice el artículo 1507 del C. C.— se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”. La índole de esta obligación del promitente es particular, y consistiendo en la obtención de una autorización o ratificación válida en el fondo y en la forma, constituye una obligación de obtener determinado resultado, en forma que si no se obtiene, por cualquier causa que sea, según los principios generales, se incumple, dando lugar naturalmente a las consecuencias jurídicas que el derecho contractual asigna al incumplimiento de las prestaciones estipuladas.

3.—La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron partes en el contrato original; pero de esto

lo que es dable deducir es que la cesión no autorizada por el arrendador no da lugar a relaciones respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. La cesión no autorizada del arrendamiento produce para el arrendador, como sanción para el incumplimiento de una obligación del arrendatario, el derecho de reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios.

Pero en ningún caso puede concluirse en la nulidad absoluta del contrato entre cedente y cesionario por objeto ilícito, por estar prohibida la cesión, como lo entendió el Tribunal. El artículo 2004 del C. C., que establece como elemento natural del contrato que el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, contiene una prohibición de orden privado, susceptible de modificación convencional, pero en manera alguna consagra un caso de contrato prohibido, esto es, que no pueda celebrarse bajo ningún respecto ni llenando ninguna condición, que son los que la doctrina clasifica bajo esa denominación. Las convenciones que pueden celebrarse cumpliendo ciertos requisitos y formalidades no prohibidas, sino permitidas, y las leyes que las reglamentan son imperativas y no prohibitivas, porque ordenan para su validez ciertos requisitos, cuya omisión no siempre determina nulidad absoluta, sino simples fenómenos de inoponibilidad, en forma que si el arrendador no reclama, el contrato de cesión o el subarriendo puede desarrollarse perfectamente entre cedente y cesionario o entre arrendatario y subarrendatario. Lo mismo que puede acontecer en el arrendamiento de la cosa ajena.

4.—No basta demandar la indemnización, es necesario acreditar el daño, como lo tiene repetidamente explicado la jurisprudencia.

La ley consagra el derecho a la indemnización de los perjuicios como accesorio de cualquiera de las dos acciones alternativas que establece el artículo 1546 del C. C., como consecuencia de la condición resolutoria en vuelta en los contratos bilaterales, pero esto no es suficiente por sí solo para justificar una condena judicial, que requiere un contenido de realidad en cada caso

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Son antecedentes de este litigio:

Por medio de la escritura pública No. 2733, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito el 25 de octubre de 1941, Pastora Mayorga de Pineda dio en arrendamiento a Jaime Márquez y Enrique Salazar Jaramillo una finca rural de su propiedad, denominada "Santo Tomás", ubicada en el municipio cundinamarqués de El Colegio, por el término de cuatro años y medio a partir del primero de noviembre siguiente y por el precio de \$ 100.00 mensuales, pagaderos anticipadamente en el domicilio de la arrendadora. Por la cláusula undécima se concedió opción de compra a los arrendatarios por el precio de \$ 20.000.00 por el término de tres años contados de la fecha de la escritura, y se estipuló (cláusula 9ª) que "los arrendatarios no podrán subarrendar ni ceder este contrato sin consentimiento escrito de la arrendadora".

El 6 de junio de 1942, como aparece del documento privado de esa fecha, Jaime Márquez y Wilhelm Bernitt, celebraron un contrato sobre administración por el segundo de la finca de Santo Tomás. Se hace referencia en este documento a otros de fechas 25 de mayo y 1º de junio de 1942, por medio de los cuales Márquez y Salazar Jaramillo liquidaron una sociedad de hecho en la cual se le adjudicó al primero el arrendamiento y la opción de compra del fundo arrendado, y las sementeras, semovientes y enseres en ella existentes.

Dos días después, el 8 de junio de 1942, Jaime Márquez V., cede a título de venta por el precio de \$ 5.000.00 a favor de Enrique Torres Palau todos los derechos que pueden derivarse de los contratos contenidos en la escritura No. 2733, lo mismo que los que se deriven del contrato de liquidación de su sociedad con Enrique Salazar, y a la vez le

vende todos los semovientes, muebles, aves, enseres y demás cosas que a Márquez correspondieron en esa liquidación.

El mismo 8 de junio de 1942, Enrique Torres Palau, Wilhelm Bernitt y Jaime Márquez celebraron el contrato que hicieron constar en el documento privado, legalmente reconocido por los tres ante el Notario 4º de Bogotá, que en seguida se copia porque sus estipulaciones son la materia de esta controversia: "... Hacemos constar que hemos celebrado el siguiente contrato: 1º—Torres Palau es cesionario y comprador de los derechos y bienes de que da cuenta el documento privado de 8 de los corrientes firmado por el mismo Torres Palau y Márquez V., derechos que radican en la finca de Santo Tomás ubicada en el municipio de El Colegio, del Departamento de Cundinamarca, y en los semovientes, muebles, enseres, y demás cosas de que da cuenta el inventario suscrito por el comprador y el vendedor. 2º—Torres Palau cede a Bernitt los mismos derechos que le cedió Márquez V. sobre los contratos de arrendamiento de la finca de Santo Tomás y opción de compra de la misma finca, y a la vez le vende todos los semovientes, muebles, enseres, aves y demás objetos adquiridos de Márquez V. conforme al citado documento e inventario de que se ha hablado. 3º—Esta cesión y venta la hace Torres Palau a Bernitt por la cantidad de \$ 5.000.00, moneda legal, que declara tener recibidos a su satisfacción de manos del comprador. 4º—El cedente y vendedor Torres Palau le hace desde hoy entrega de todo al comprador Bernitt quien declara tener recibido lo que es objeto del contrato, de acuerdo con los inventarios referidos. 5º—Bernitt se obliga a cumplir para con Márquez V. todas las obligaciones que éste tiene contraídas con la arrendadora señora Pastora Mayorga de Pineda, en los términos de la escritura No. 2733 de 25 de octubre de 1941, pasada en la Notaría 2ª de esta ciudad, quedando así exonerado el vendedor Torres Palau de las obligaciones que éste había contraído con Márquez V. en el citado contrato de 8 de junio del presente año de 1942, exoneración que acepta Márquez V., de tal modo que las indemnizaciones a que haya lugar por incumplimiento en esos contratos y responsabilidades, serán en lo sucesivo entre Bernitt y Márquez V. 6º—Márquez V. seguirá representando ante la arrendadora Mayorga de Pineda las obligaciones y derechos que emanan del contrato contenido en la escritura No. 2733 de 25 de octubre de 1941, ya citada, en atención a que dicha señora no ha aceptado todavía la presente cesión, pero tan

ronto como haga tal aceptación, Márquez V. quedará exonerado de tales obligaciones que quedarán a cargo de Bernitt con los derechos consiguientes.

2º—Bernitt pagará el canon de arrendamiento de la finca Santo Tomás dentro del término del respectivo contrato y tendrá derecho, en los términos del mismo contrato, a ejercitar la opción cuando o crea conveniente, por conducto de Márquez V., si todavía figura éste en tal contrato; en este caso, Márquez V. dará el aviso de que trata la cláusula décima del contrato de arrendamiento dentro del término allí fijado y bajo la responsabilidad de Bernitt....”.

Pastora Mayorga de Pineda, dueña y arrendadora de Santo Tomás, no autorizó ni consintió en la cesión del contrato de la escritura No. 2733 ni a favor de Torres Palau ni a favor de Wilhelm Bernitt, y no sólo no aceptó la cesión sino que ante los Juzgados 7º Civil Municipal de Bogotá y 6º Civil de este Circuito inició y obtuvo el lanzamiento de sus dos arrendatarios.

Con apoyo en estos antecedentes, y alegando el hecho de que su cedente Enrique Torres Palau incumplió su obligación de obtener la aprobación de la señora Mayorga de Pineda para la cesión que le hizo, Wilhelm Bernitt, en demanda fechada el 19 de noviembre de 1943, repartida al Juzgado 3º Civil de este Circuito, inició un juicio ordinario para que “con audiencia y citación de los señores Enrique Torres Palau y Jaime Márquez V., pronuncie en contra del demandado Enrique Torres Palau” las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declare resuelto e inválido por incumplimiento del demandado Enrique Torres Palau el contrato de cesión y venta de que da cuenta el documento privado suscrito en esta ciudad de Bogotá el 8 de junio de 1942, celebrado por Torres Palau, Bernitt y Márquez, y se condene al demandado Torres Palau a devolverle al demandante la suma de \$ 5.200.00 que recibió como precio de la cesión y a indemnizarle los perjuicios que le ha causado con su incumplimiento, más las costas del juicio.

Subsidiariamente, pide que se declare que carece de causa el pago de la referida suma de \$ 5.200.00, por cuanto el contrato en virtud del cual se hizo no pudo tener eficacia legal, y consecuentemente se le condene a reintegrársela al demandante con los intereses legales desde el día del contrato, más las costas procesales.

Después de un incomprensible incidente sobre denuncia del pleito entre los dos codemandados, aceptada por el Juzgado, sólo Márquez V. contestó

la demanda, negando la mayor parte de sus hechos fundamentales y oponiéndose a las declaraciones y condenas impetradas con la razón de que el incumplimiento contractual en que se funda la acción resolutoria sólo es imputable a Bernitt pues él fue quien no cumplió con su obligación de pagar los arrendamientos en la forma estipulada en el contrato de cesión.

Al propio tiempo propuso demanda de reconvencción, cuyos pedimentos y hechos no se mencionan por haber quedado lo relativo a ella fuera de la decisión del recurso y no tener incidencia en los temas de estudio.

El 28 de febrero de 1945, al cabo de los trámites legales, sentenció el Juzgado del Circuito así:

“Declarase resuelto el contrato de fecha 8 de junio de 1942, celebrado entre Enrique Torres Palau, Wilhelm Bernitt y Jaime Márquez, por incumplimiento de éste, contrato por medio del cual se efectuó la cesión del contrato contenido en la escritura pública....

“2º—En consecuencia, condénase a Jaime Márquez a devolver a Wilhelm Bernitt la suma de \$ 5.200.00 moneda corriente, dentro del término de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

“3º—Condénase a Wilhelm Bernitt a devolver a Jaime Márquez los semovientes, muebles, enseres y demás objetos que aparezcan en el inventario que suscribieron Bernitt y Márquez al celebrar el contrato....

“4º—Niéganse las demás peticiones de la demanda principal y la de reconvencción”. Sin costas.

#### Sentencia acusada

La segunda instancia a que dio lugar la apelación de ambas partes fue decidida por el Tribunal Superior de Bogotá el 20 de septiembre de 1946 en sentencia en que se revocó la recurrida y en su lugar falló:

“1º—Declarase que no tuvo efectos legales, por no haber servido de fuente de obligaciones el contenido del documento privado de fecha 8 de junio de 1942, suscrito por Jaime Márquez, Enrique Torres Palau y Wilhelm Bernitt, en cuanto a cesión de derechos de arrendamiento, a la opción de compra del inmueble arrendado y a la venta de unos bienes muebles a que se alude en dicho documento, de conformidad con lo discernido en la parte motiva de la presente sentencia.

“2º—El demandado Enrique Torres Palau debe restituir al demandante la suma de \$ 5.200.00 que

aquél recibió como precio, de poder y por cuenta de éste. Condénase en consecuencia a Torres Palau a restituir dicha suma una vez ejecutoriado el presente fallo.

"3º—El demandante Bernitt está obligado a restituir, y a ello se le condena, en favor de Márquez V. los bienes muebles (semovientes, etc.), que no fueron secuestrados en la diligencia practicada el 5 de diciembre de 1942, en el juicio ejecutivo adelantado por Pastora Mayorga de Pineda contra Jaime Márquez V., (diligencia cuya acta aparece en copia legalizada a folios seis vuelto (6 vuelto), a ocho vuelto (8 vuelto) del cuaderno número siete (7), pero que figuran en el inventario de los bienes muebles existentes en la finca arrendada, cuando Bernitt la recibió, inventario cuya copia se tomó al ser exhibido en segunda instancia, visible a folios cuatro (4), a siete vuelto (7 vuelto), del cuaderno número seis (6). Los bienes secuestrados, según el acta aludida, no son materia de restitución.

"4º—El demandante Bernitt está obligado a pagar al demandado Jaime Márquez V. el valor de los frutos naturales o civiles de los bienes muebles a cuya restitución está obligado, según el punto resolutivo precedente, desde el ocho de junio de mil novecientos cuarenta y dos hasta el día de la restitución, en el evento de que existan bienes muebles inventariados, pero no secuestrados en la diligencia llevada a cabo el cinco de diciembre del mismo año. En caso de que no existan, es entendido que por sustracción de materia no hay restitución de bienes ni de frutos.

"Parágrafo.—El monto de estos frutos, caso de que existieran los bienes en las condiciones predeterminadas, se fijará o regulará de conformidad con la tramitación incidental prevista en el artículo 553 del C. J.

"5º—El demandante Bernitt está obligado a pagar a Márquez V., y a ello se le condena, el valor del uso o goce de los bienes muebles inanimados inventariados, desde el ocho de junio de mil novecientos cuarenta y dos hasta el cuatro de diciembre del mismo año, (junio 8 de 1942 a diciembre 4 inclusive de 1942).

El monto respectivo se fijará o regulará cuando se trate de cumplir el fallo, de conformidad con lo establecido en los artículos 460 y 553 del C. J.

"6º—Deniéganse todas las demás peticiones contenidas en los escritos de demanda principal y de reconvencción; y en consecuencia, absuélvese de los cargos en ella existentes, respectivamente, a los demandados y al reconvenido; y,

"7º—Sin costas en la segunda instancia".

La motivación de esta sentencia de 18 fojas, la parte que importa conocer, se puede resumir así: el contrato de arrendamiento con opción compra de Santo Tomás, contenido en la escritura pública No. 2733, fue incorporado implícitamente en los que posteriormente celebraron Márquez Torres Palau y Bernitt, y en él se estipuló que los arrendatarios no podían subarrendar ni ceder el contrato, o los derechos y obligaciones en él generados. Esto significa que las partes obraron sin malicia, porque en el momento de contratar sabía que Márquez V. no podía ceder el contrato y que hasta entonces no había obtenido de la arrendadora autorización para hacerlo, pero esperaba por las gestiones que en este sentido se harían, que la señora Mayorga de Pineda autorizaría o aceptaría la cesión del contrato. Con este planteamiento, concluye el Tribunal: "a) La cesión del contrato de arrendamiento y de la opción de compra, hecha primero por Márquez, (faltando una obligación contractual con Pastora Mayorga, pero conocida de Salazar Jaramillo (sic) y de Bernitt) a Torres Palau, y después por éste a Bernitt, estaba en puridad jurídica sometida a una condición suspensiva, es decir, no se perfeccionaba sino mediante la indispensable aceptación de la arrendadora señora Pastora Mayorga de Pineda; esa condición suspensiva, no llegó a realizarse, y por tanto, como se dejó visto, la cesión quedó, para emplear los mismos términos de Planiol, definitiva y totalmente caduca e inútil; en el caso de que esa cesión, hubiera entre las partes tenido alguna existencia legal, sería nula la cesión porque conforme al contrato no estaba permitida y muy principalmente, porque de los artículos 2004 y 6º del C. C. se desprende esa nulidad, pues en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa".

Advierte aquí el Tribunal que en el contrato atacado coexiste con la cesión una venta de muebles, que podría tener vida propia y que aparece cumplida por las partes, pero ante la dificultad de determinar qué parte del precio global fijado en el contrato corresponde a los muebles y cuál a la cesión, concluye de esta suerte: "Si sólo hay un precio para las prestaciones todas a cargo de Torres Palau, no puede dividirse el contenido del documento respectivo, de 8 de junio de 1942, sino que debe permanecer como un conjunto; y entonces, la nulidad o invalidez que incide sobre la cesión de los derechos de arrendatario o sobre la cesión de la opción, afecta también a la compra-venta de los muebles; y si se puede dividir el com-

tenido del citado documento, o sea contemplar por separado la cesión de los derechos del arrendatario, la cesión del derecho de opción, y la venta de los muebles, entonces habrá una indeterminación del precio de los muebles vendidos, indeterminación que genera inexistencia legal del contrato de venta, porque en ésta el precio es elemento esencial, cuya falta hace que no exista la venta.... En síntesis: el contrato conjunto, o los contratos contenidos en los documentos privados de fecha 8 de junio de 1942, suscritos por Jaime Márquez y Enrique Torres Palau el uno, y por éstos y Wilhelm Bernitt el otro, no tienen ante la ley civil eficacia, efectos; hay en ellos invalidez, falta de efectos”.

En estas condiciones, estima el Tribunal que la resolución no es lo procedente, sino la declaratoria de invalidez y.... que el cumplimiento total o parcial que las partes dieron a los contratos, es apenas una situación de hecho que es preciso hacer cesar haciendo que por medio de restituciones las cosas vuelvan al estado existente al tiempo de contratar de conformidad con las reglas sobre nulidad “y con las contenidas en el C. C. al disciplinar el pago de lo no debido (artículos 2313 a 2321)”.

En cuanto a indemnización de perjuicios, estima el Tribunal que el demandado nada debe porque Bernitt, en el momento de contratar sabía que la señora de Pineda no había aceptado la cesión y que en tales condiciones su contrato no tendría validez por prohibición expresa de la ley, de tal modo que obró imprudente e imprevisivamente y la propia culpa no es fuente de derechos para el culpable. Más aún: como el contrato era inválido ninguna de las partes estaba obligada y por tanto no se puede hablar de indemnización por incumplimiento.

### El recurso

Ambas partes recurrieron en casación. El estudio de la Corte se circunscribe sin embargo a la demanda del actor Bernitt porque el recurso de la parte demandada fue declarado desierto con aplicación del artículo 532 del C. J. quedando por esta causa, fuera de consideración las cuestiones planteadas en la demanda de reconvencción que fueron denegadas en la sentencia definitiva de segunda instancia.

Articulando los conceptos y razones de la demanda de casación, el cargo capital, que por ser capaz de producir la infirmación del fallo es el único

que se considera, se hace consistir compendiadamente en lo siguiente:

El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la apreciación de los documentos contentivos de los contratos a que alude sustancialmente en su sentencia, porque entendidos en su recto sentido y analizados realmente no dan base para someter el caso de la controversia al régimen legal de las obligaciones condicionales, y concluir, como lo hizo, en que tales convenciones no produjeron ni podían producir ningún efecto, ni fueron fuente de ninguna obligación. El sentenciador contraría la obvia significación de las cláusulas del contrato cuando deduce que el conocimiento que Bernitt tenía de la prohibición de ceder el contrato de arrendamiento con opción de compra de Santo Tomás sin el consentimiento de la arrendadora, y de que ella no lo había prestado todavía, constituye la aceptación anticipada de la ineficacia del contrato porque a la autorización o aceptación del dueño del inmueble subordinaron las partes los efectos del contrato como si se tratara de una condición suspensiva, que al fallar impidió el nacimiento de los derechos y obligaciones entre las partes, cuando no cabe duda de que el contrato entre Torres Palau y Bernitt fue una verdadera y válida convención originaria de obligaciones, no sujeta a modalidad ninguna, pues no siempre que en los efectos de un negocio jurídico incide el consentimiento de una tercera persona existe una obligación condicional. El texto de los contratos rechaza la interpretación de la condicionalidad. Todas las consecuencias jurídicas que derivó el Tribunal de este error interpretativo de la convención atacada en este pleito son igualmente equivocadas e inductivas de desviada aplicación de la ley sustantiva.

El recurrente dice que por efecto del aludido error y también de modo directo, por indebida aplicación e interpretación errónea, violó el Tribunal los artículos 1494, 1502, 1530, 1539, 1602 y 2004, entre otros, del C. C.

Considera la Corte:

En el planteamiento y desarrollo que el Tribunal hizo de la cuestión litigiosa para concluir en la completa aridez del contrato cuya resolución se demanda son fácilmente discernibles las impropiedades jurídicas inductivas de violación legal que le achaca el recurrente, según puede verse de las consideraciones que siguen.

Con fundamento en que ordinariamente se producen las obligaciones para que tengan sus efectos inmediatamente y para siempre la regla general es

que las obligaciones sean puras y simples, y que solo excepcionalmente estén sujetas a modalidades, esto es, a cláusulas particulares autorizadas por la ley y destinadas a modificar sus efectos ya sea en cuanto a su existencia, su ejercicio o su extinción. La condición, que es una de estas modalidades, consiste en un acontecimiento futuro e incierto al cual se subordina la existencia misma de la obligación porque de él depende el nacimiento del derecho o su extinción, según sea suspensiva o resolutoria. Por constituir una excepción dentro del derecho común u ordinario, las condiciones que se generan en las estipulaciones contractuales no pueden presumirse y deben ser expresadas en términos que revelen inequívocamente la intención de los contratantes de subordinar sus obligaciones a un hecho de tal naturaleza, sin necesidad de usar palabras sacramentales pero empleando expresiones que no dejen duda sobre el ánimo subordinante, que constituye la característica esencial de la modalidad condicional.

En el segundo de los dos contratos celebrados el mismo día 8 de junio de 1942, el suscrito por Bernitt, Torres Palau y Márquez, único que está **sub iudice** en este proceso, no se encuentra en manera alguna el mecanismo de la condición suspensiva; no es posible deducir de sus términos la intención de los contratantes de subordinar los efectos de su convención, esto es, los derechos y obligaciones para cuyo nacimiento acordaron su voluntad, al hecho futuro e incierto de que la arrendadora dueña de Santo Tomás prestara su consentimiento a la cesión del contrato contenido en la escritura No. 2733. No estipularon que se obligaban **con tal que, siempre que, en el caso de que**, o simplemente si la señora Mayorga de Pineda autorizaba la cesión, ni en ninguna otra forma reveladora de su ánimo de suspender el nacimiento de todas las obligaciones del contrato mientras la citada señora no concurriera con su voluntad. Lo acordado entre Torres Palau, como cedente, y Bernitt como cesionario, que fueron las verdaderas partes contratantes, fue que el primero cedía o se obligaba a ceder al segundo, a título de venta, por el precio pagado de \$ 5.200.00, los derechos de arrendatario y optante de compra del fundo Santo Tomás, originados en el contrato de la escritura 2733, más los muebles y semovientes referidos, que Torres Palau había adquirido por compra a Jaime Márquez. El vendedor hizo entrega al comprador del objeto del contrato, y asumió, como hay que entenderlo, la obligación personal de obtener, mediante sus gestiones con Márquez y las directas suyas, que la arrendadora

de la finca autorizara la cesión del contrato, para que Bernitt llegara a ser el titular de los derechos originados en el contrato de la escritura pública en forma que pudiera exigir el cumplimiento de las obligaciones correlativas de la señora de Pineda. Esta obligación, para cuya estipulación no se requieren términos solemnes, está claramente consignada en el contrato cuestionado. El Tribunal entiende y estima como condición lo que es precisamente una concreta obligación de una de las partes.

Es objeto lícito y posible de las obligaciones el hecho de un tercero. "Siempre que por uno de los contratantes —dice el artículo 1507 del C. C.— se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa". La índole de esta obligación del promitente es particular, y consistiendo en la obtención de una autorización o ratificación válida en el fondo y en la forma, constituye una obligación de obtener determinado resultado, en forma que si no se obtiene, por cualquier causa que sea, según los principios generales, se incumple, dando lugar naturalmente a las consecuencias jurídicas que el derecho contractual asigna al incumplimiento de las prestaciones estipuladas. Es natural y lógico que la cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento, no pueda hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron partes en el contrato original; pero de esto lo que es dable deducir es que la cesión no autorizada por el arrendador no da lugar a relaciones obligatorias respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. La cesión no autorizada del arrendamiento produce para el arrendador, como sanción para el incumplimiento de una obligación del arrendatario; el derecho de reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios.

Pero en ningún caso puede concluirse en la nulidad absoluta del contrato entre cedente y cesionario por objeto ilícito, por estar prohibida la cesión, como lo entendió el Tribunal. El artículo 2004 del C. C., que establece como elemento natural del contrato que el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, contiene una prohibición de orden privado, susceptible de modificación convencional, pero en manera alguna consagra un caso de contrato prohibido, esto es, que no pueda celebrarse bajo ningún respecto ni llenando ninguna condición, que son los que la doctrina clasifica bajo esa denominación. Las convenciones que pueden celebrarse cumpliendo ciertos requisitos y formalidades no prohibidas, sino permitidas, y las leyes que las reglamentan son imperativas y no prohibitivas, porque ordenan para su validez ciertos requisitos, cuya omisión no siempre determina nulidad absoluta, sino simples fenómenos de inoponibilidad, en forma que si el arrendador no reclama, el contrato de cesión o el subarriendo puede desarrollarse perfectamente entre cedente y cesionario o entre arrendatario y subarrendatario. Lo mismo que puede acontecer en el arrendamiento de la cosa ajena.

La sentencia recurrida confunde, como se vio en la reseña de sus motivos, los dos contratos del 8 de junio de 1942, suscritos por Márquez y Torres Palau el primero, y por éstos y Bernitt el segundo, para hacerles correr la misma suerte de esterilidad en sus efectos, y alude el contrato contenido en la escritura pública No. 2733 del 25 de octubre de 1941 para decir que éste fue incorporado en aquéllos. Se excede así el ámbito jurisdiccional del litigio que no versa sino sobre el último de los dos primeros, constitutivo de una fuente jurídica autónoma y válida de las obligaciones sobre cuyo cumplimiento se debate, porque al tiempo de su celebración se reunían todos los elementos esenciales que la ley exige para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. El contrato cuya resolución se pide aquí no es dependiente del otro; mediante aquél Torres Palau, cesionario de Márquez V. y dueño respecto de su cedente del objeto de la cesión, cedió a Bernitt lo que a este título había adquirido, por medio de un contrato de venta por precio único de varias cosas, en el cual es desacertado también ver diversos contratos. Como desacertado es hablar de incorporación contractual, que es cosa sustancialmente distinta del fenómeno de la cesión que lleva implicada, por el contrario, la independencia del con-

trato de cesión, generadores de derechos y obligaciones inconfundibles.

El contrato a que se refiere esta demanda no puede parcializarse, desde el punto de vista de las recíprocas prestaciones a que dio legalmente origen, colocando, como lo hace el Tribunal, a Bernitt de un lado y a Torres Palau y Márquez del otro, porque según aparece allí explícitamente estipulado, la intervención de Jaime Márquez Villegas se refiere exclusivamente a la exoneración que allí se pactó entre él y Torres Palau respecto del cumplimiento de obligaciones como arrendatario de Santo Tomás e indemnizaciones a que hubiere lugar por causa de violación del contrato contenido en la escritura pública y del de cesión de éste acordado entre Márquez y Torres. La estipulación de la cláusula 6ª conforme a la cual Márquez V. seguiría representando ante la arrendadora Mayorga de Pineda las obligaciones y derechos que emanan del contrato contenido en la escritura No. 2733, en atención a que dicha señora no ha aceptado todavía la cesión, es apenas el obvio reconocimiento de que la arrendadora dueña de Santo Tomás no quedaba obligada en ninguna forma por el contrato de cesión que se estaba celebrando entre Torres Palau y Bernitt. No se justifica por esto la orden de restitución, dentro de las necesarias para restituir el anterior estado de cosas, a favor de Jaime Márquez de los muebles y semovientes a que alude el Tribunal, por que éste, según se vio, no fue el vendedor de tales bienes a Bernitt, y cuando se celebró el contrato que ahora se resuelve, Márquez no era ya el dueño de esas cosas, sino Torres Palau en cuyo favor la había enajenado y entregado. No hay duda, ni eso se ha discutido, que Torres Palau hizo tradición a Bernitt de los referidos muebles en cumplimiento del contrato, de modo que la obligación restitutoria que aquí procede es a favor del vendedor. No importa a esté respecto que en juicio ejecutivo seguido por Pastora Mayorga de Pineda contra Jaime Márquez y Enrique Salazar en el Juzgado 8º Civil de este Circuito hubieran sido secuestrados algunos de estos bienes como existentes en la finca de Santo Tomás. Esta circunstancia da base y fundamento a otra clase de acciones no ejercitadas en este caso, que no puede, por consiguiente, interferir el normal cumplimiento de los resultados resolutorios del contrato.

Lo mismo que acontece con la tradición de los muebles hecha por Torres a Bernitt, tampoco hay duda ninguna sobre el pago que éste, en ejecución del contrato, le hizo a su cedente del precio del negocio, que aunque en el documento figura en

la cantidad de \$ 5.000.00, está aceptado en el juicio y demostrado además con el recibo correspondiente, que fue por cuantía de \$ 5.200.00, que es la cifra de la demanda.

En lo concerniente a la solicitud de indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento del contrato en que se apoya la demanda de resolución, la negativa que hace la Corte, coincidente con lo decidido al respecto por el Juez del primer grado, no se funda desde luego en las improcedentes razones que sobre el particular adujo el Tribunal, sino en la circunstancia de que el proceso no ofrece ninguna prueba demostrativa de la existencia de los daños cuya reparación se persigue. No basta demandar la indemnización, es necesario acreditar el daño, como lo tiene repetidamente explicado la jurisprudencia. La ley consagra el derecho a la indemnización de los perjuicios como accesorio de cualquiera de las dos acciones alternativas que establece el artículo 1546 del C. C., como consecuencia de la condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales, pero esto no es suficiente por sí solo para justificar una condena judicial, que requiere un contenido de realidad en caso. "El derecho no es como la moral que contempla la falta en sí misma, y hecha abstracción de sus resultados —según cita de Planiol hecha por el apoderado del actor en contradicción de su tesis de que el solo incumplimiento contractual debe dar lugar a la condena—. El legislador no debe tener en cuenta sino el orden social, y por tanto no debe intervenir sino en cuanto dicho orden ha sido turbado. De ahí proviene que la culpa no existe jurídicamente sino por sus resultados, es decir, por el perjuicio que ella ha podido causar. El derecho no puede tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún perjuicio".

Con apoyo en las consideraciones expuestas, que a la vez fundan la casación del fallo recurrido y

el que se dicta en reemplazo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley, CASA la sentencia profirida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 20 de septiembre de 1946, y reformando la del Juzgado Tercero Civil de este Circuito, del 28 de febrero de 1945, decide:

1º—Declárase resuelto el contrato contenido en el documento privado de fecha 8 de junio de 1942 suscrito por Enrique Torres Palau, Jaime Márquez Villegas y Wilhelm Bernitt, a que se refiere la demanda de este juicio, por incumplimiento de primero.

2º—En consecuencia, condénase:

a) A Enrique Torres Palau a devolver al demandante Bernitt la suma de \$ 5.200.00, dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria del auto de cumplimiento de este fallo;

b) A Wilhelm Bernitt a devolver a Enrique Torres Palau los semovientes, muebles y demás objetos que éste le entregó según el documento e inventario a que se alude en el contrato que se resuelve.

3º—Niéganse las demás peticiones de la demanda principal y de la de reconvenición.

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.

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

## CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — TRANSACCION

1.—Es sabido que es la parte resolutive de una sentencia la que obliga; la que fija entre los litigantes las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia misma. La parte motiva es la base de la resolutive y sirve para su interpretación. Lo cual indica que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos, o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo, no sería la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 del C. J. que dice relación a la forma, sino otra muy distinta.

2.—En un recurso de forma como es el cargo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado no procede estudiar si lo estipulado por las partes en su contrato es una transacción o una simple promesa de contrato porque ello sería entrar al fondo de la cuestión.

3.—La transacción, es un contrato bilateral, por el cual los contratantes, renunciando cada uno a parte de sus pretensiones, o haciéndose concesiones recíprocas, terminan un litigio existente, o precaven uno por nacer (artículo 2469 del C. C.).

Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:

- a) El consentimiento de las partes;
- b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.
- c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario, sin embargo, que las concesiones respectivas de las partes sean de la misma importancia, y de equivalencia exacta, las unas a las otras.

Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común. Ello porque, por su naturaleza, la

transacción no es transmisiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancias sobre la cual ha recaído.

Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aún mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contraparte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se los reconoce.

De igual manera, cuando los propietarios de predios limitrófes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, no se hacen por ello concesiones recíprocas de terreno, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que pretendía en cuanto la nueva limitación abarca sus pretensiones. Lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretan sus títulos y señalan la demarcación, pero cada uno continúa poseyendo por el título de su propiedad, ya que la transacción sólo se encamina a declarar hasta dónde llegan por convenio mutuo los derechos de cada uno de los contendientes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

## Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 265 de 22 de febrero de mil novecientos treinta y nueve, de la Notaría Segunda de la ciudad de Pereira, en el Departamento de Caldas, los señores Eleazar Henao Vargas y Rubén Mejía Castrillón, pusieron término al estado de comunidad o indivisión en que poseían un globo de tierra llamado "El Placer", ubicado en el Municipio de Salento, con una cabida de cuatrocientas noventa y cinco hectáreas y delimitado como allí se expresó.

La finca así dividida entre sus copartícipes, se convirtió en dos nuevos predios, con una línea limítrofe o lindero común, que los contratantes no pudieron demarcar, quedando imprecisa e indeterminada, la que se señaló en la escritura de partición en los términos siguientes: "una recta que partiendo del mojón en el "Alto Quindío" lleve hasta el punto equidistante de la confluencia de la Quebrada sin nombre y el río Quindío y el cerro de "El Español".

Eleazar Henao vendió a Miguel Ramón Jiménez lo que le correspondió en la partición, o sea el predio contiguo al de Mejía.

Con el fin de determinar sus linderos y evitarse el trazado técnico de la línea en cuestión, el nuevo propietario Miguel Ramón Jiménez, entendiéndose con su colindante don Rubén Mejía celebró con éste el contrato que se consignó en documento privado suscrito por ambas partes, el primero de mayo de 1941, concebido en los siguientes términos: "De la mitad del cerro de El Español siguiendo por el alero del mismo cerro, hasta caer a una agüita; de aquí línea recta a un frontis de peña blanca visible que está al pie de una agüita que desemboca en esta misma quebrada que se ha conocido como sin nombre; se sigue la cuchilla que divide las fincas de Mejía y Jiménez, hasta el cerro de El Cura y de aquí en línea recta a un palo conocido con el nombre de "cabuyo" que quedó marcado con una cruz y que al desaparecer se señalará o clavará un mojón marcado con la misma cruz; y de este cabuyo en línea recta al cerro del Alto Quindío donde termina este lindero. 3º—Rubén Mejía Castrillón se obliga a respetarle a Miguel Ramón Jiménez los siguientes linderos de su finca, dejándose encerrada así: "Del cerro de El Español en línea recta a la confluencia de la quebrada de El Salto con la de Cárdenas y siguiendo por la del Salto arriba hasta el nacimiento de la misma quebrada; de aquí en línea recta a la cuchilla del Valle Natural; y de aquí hacia abajo al cerro del Alto Quindío, donde este lindero termina en la mitad del cerro de El Español. 4º—Dentro del lindero comprendido entre El Español y el Alto Quindío se entiende que en la parte que se denomina el lindero por la cuchilla al frontis de peña blanca visible que está cerca a la agüita, el agua que caiga de los altos derrame en ambos predios, sea para lado y lado. 5º—Como Rubén Mejía Castrillón reconoce que tiene plantadas unas mejoras de pasto azul y carretón, en una parte del predio de Jiménez, aquél se obliga para con éste a dejársela sin cobrarle cantidad alguna de dinero, defi-

nitivamente, sin que más tarde tenga derecho Mejía Castrillón a reclamarle a Jiménez tales mejoras de pastos. 6º—A cambio de las mejoras de pastos que Mejía Castrillón cede a Jiménez, éste le deja el lote de terreno que a Jiménez le pertenece al lado de Guayaquil o sea del punto equidistante al cerro de El Español. 7º—Tan pronto como Miguel Ramón Jiménez deshipoteque la finca de Santa Inés, que es la misma de que se viene tratando en este contrato, se obliga a otorgarle la escritura correspondiente del lote cedido, a costa de Mejía Castrillón".

Afirma el contratante Jiménez, que por medio del convenio en referencia, no se verificó una transacción, porque para ello era necesario el acuerdo de las partes sobre un punto incierto e indeterminado y negándole toda validez, por falta de requisitos legales a tal convención, que tildó de permuta de un lote de terreno por una mejora, demandó el deslinde y amojonamiento de su predio con respecto al del señor Mejía, quien excepcionó alegando la transacción acordada, lo que aceptó así el Juez, decisión que, apelada, fue confirmada por el superior.

Esta providencia y la circunstancia de haber entrado Mejía en posesión del lote de que se habló en el convenio del primero de mayo, atrás copiado, no obstante no haberse cumplido con la formalidad de la escritura pública registrada, ni haberse delimitado el lote en cuestión, movió a Jiménez a demandar a su contratante Mejía, ante el Juez del Circuito de Calarcá para que por sentencia definitiva se declarase que carece de valor y por consiguiente no produce obligaciones, la promesa de contrato celebrada entre las nombradas personas según el documento de que se ha hablado, y en subsidio demandó la nulidad del mismo por falta de causa real.

Pidió además, que resueltas cualesquiera de las peticiones anteriores, se declarase a Jiménez como propietario del lote que se había comprometido a escriturar a Mejía, por los linderos allí señalados, debiendo éste restituirlo con sus frutos naturales y civiles, libre de gravamen.

Subsidiariamente demandó la resolución por lesión enorme del mismo contrato que tilda de promesa de contrato, y que al verificarse la restitución del lote reclamado, tal cosa se haga por el Juez a fin de que por éste, al verificar la entrega se señale la línea de demarcación de los dos predios en cuestión y, finalmente, exigió el pago de perjuicios y costas.

El demandado evacuó el traslado de la demanda, aceptando los hechos relacionados con la existencia de la antigua comunidad, su división y la determinación por medio de un convenio entre las partes, de los linderos que habían quedado imprecisos en la partición material de los fundos, alegando que la transacción así verificada y que se consignó en el documento de primero de mayo, se hizo con el lleno de las formalidades legales, agregando que a cambio de las mejoras hechas por Mejía en zona que le correspondió a Jiménez, éste se obligó a escriturarle un lotecito de terreno en la misma zona materia de la transacción, cuyos linderos se señalaron en forma conveniente. Contrademandó para que se hicieran las declaraciones opuestas a la demanda instaurada.

### Sentencia de primera instancia

El Juez del Circuito de Calarcá, interpretando el convenio de primero de mayo como promesa de contrato, por providencia del dos de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, puso fin al litigio, con la absolución del demandado de todos los cargos propuestos. Expresó que no era el caso de hacer declaraciones por lo contrademandado, puesto que ello era consecuencia de lo resuelto en cuanto a la acción principal. Se condenó al actor en costas.

### La sentencia recurrida

Apelada por el demandante la sentencia en cuestión, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, donde al final de la actuación correspondiente el Juzgador de segundo grado puso término a la instancia por fallo del veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, por el cual se confirmó la providencia recurrida.

Igualmente con costas.

Teniendo en cuenta el referido superior que las partes para transigir alguna diferencia de linderos entre predios de su propiedad que colindan, habían acordado señalar una línea y definir lo relativo a ciertas mejoras, que la demarcación dejaba del lado opuesto del predio que correspondió a quien las plantó, interpretó el convenio suscrito el primero de mayo por quienes luego entraron en litigio, como un contrato de transacción, concretando su estudio a dilucidar si el acordado en tales condiciones reúne los requisitos que la ley exige para su validez.

Considera el Tribunal, que según reza el artículo 2469 del C. C., la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, definición que encuentra deficiente, pues ha debido complementarse con la expresión: "haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos", ya que no habría transacción si por los interesados no se hacen tales concesiones o sacrificios.

Afirma que la transacción es un contrato consensual, porque sólo requiere el **consensu** de las partes; bilateral, por cuanto engendra obligaciones recíprocas para las partes; oneroso, ya que éstas se gravan una en beneficio de la otra; conmutativo, generalmente, porque se miran como equivalentes las prestaciones que de él nacen.

No cabría, dice, la rescisión del contrato por lesión enorme, auncuando exista mucha desproporción entre las recíprocas prestaciones, porque, nuestro legislador no acepta la rescisión por lesión como un principio general, sino en casos expresamente señalados por él.

Examinando el convenio escrito de fecha primero de mayo de 1941 firmado por las partes en el juicio, como medio para definir la situación de indecisión de linderos, halla el litigio o discrepancia que los separaba y que auncuando no había sido sometido a los jueces se comprende que buscaron con la transacción un modo de precaverlo. Existía pues, dice, como lo reconocieron expresamente las partes, un posible pleito que quisieron evitar.

La intención de ponerle fin claramente se desprende de los términos del acuerdo, cuando dicen "tal diferencia la hemos transado hoy de común acuerdo en forma definitiva... ", y por último, las concesiones recíprocas, aparecen de la cesión de las mejoras plantadas por Mejía y de la promesa hecha por Jiménez de escriturar a aquél, tan luego cancelara un gravamen hipotecario que pesaba sobre su finca, un lote de terreno determinado como allí se expresó.

El Tribunal encuentra, pues, en el pacto firmado, un claro contrato de transacción.

Declara además, que no apareciendo como simple móvil de lo pactado en el acuerdo de primero de mayo, la promesa de celebrar un contrato, sino que por tal acto se consumó el de transacción de una diferencia de linderos, ni siendo posible decretar la rescisión por lesión enorme por lo ya expresado, es el caso de absolver al demandado de los cargos contra él formulados, lo que lo llevó a confirmar la absolución decretada por el Juez de

Primera Instancia, auncuando por razones distintas de las señaladas por éste.

Esta decisión fue recurrida en casación por el demandante, por cuyo motivo el proceso se encuentra al estudio de la Corte,

#### Las causales de casación propuestas

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., acusa la sentencia el recurrente invocando las causales 1ª y 2ª de las señaladas en tal precepto.

**Causal segunda:** La Sala inicia el estudio de la cuestión por esta causal, que se funda en que el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por el actor en el pleito.

Sostiene que su cliente solicitó la invalidez de lo que él llamó "promesa de contrato" con Mejía y como consecuencia la declaración de propiedad y entrega del lote de terreno señalado por linderos de que está en posesión Mejía al amparo de una simple promesa de venta, no cumplida por causas legales.

Como la absolución implica el estudio integral de todas las cuestiones sometidas al Juez, la otorgada al demandado en la sentencia, entraña la declaración de "que ninguna de las peticiones de Jiménez fue oportunamente deducida o establecida en el proceso", lo que demuestra que el Tribunal falló, sin consonancia con las pretensiones, propuestas en tiempo. Que Jiménez demostró que era el verdadero dueño del lote que reclama y que poseyéndolo Mejía sin título, ha debido ordenarse su entrega al propietario y su delimitación como fue pedido y que no habiéndolo ordenado así el Tribunal, falló en inconsonancia con lo demandado.

Sostiene que no hay repugnancia procesal alguna en que en una misma demanda se pida la declaración de propiedad y la entrega de una zona de terreno y su clara delimitación. Si en el convenio del primero de mayo, hay una promesa de contrato, para transferir la propiedad de un lote de terreno, aparece de bulto, el error del Tribunal al darle "firmeza con su absolución a una situación de hecho en bienes raíces que no han sido enajenados por su verdadero dueño". Que lo legal habría sido decretar la entrega y dejar a Mejía libre el campo para demandar perjuicios por el incumplimiento de la obligación. Que no es posible que la propiedad raíz pase de unas manos a otras sin la formalidad del registro. Que no pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia está interesado el orden público, lo que da como consecuencia la violación del artículo 17

del C. C., y el 1526 que lo corrobora al establecer que las cláusulas de los contratos no detienen la invalidez que llevan en su fondo.

A su juicio lo que en el convenio privado consta, es una promesa de contrato que envuelve la de señalar un lindero, cuando se cumpla la condición de hacer la tradición de un inmueble con las formalidades de ley.

Que el contrato de "promesa de venta" celebrado entre los litigantes a lo sumo daría lugar a una demanda de perjuicios. Que su cliente tiene perfecto derecho a que se le restituya el lote de terreno que sin título alguno conserva el demandado.

Se considera:

Como puede observarse la demanda del señor Jiménez se encamina a obtener la declaración de nulidad de un contrato que él consideró de promesa de contrato, o subsidiariamente la rescisión de tal promesa por lesión enorme y que se ordenara la devolución del lote que figuró en tal pacto, debiéndose en el juicio precisar o señalar sus linderos. El Juez consideró el acuerdo como **promesa de contrato**, que encontró ajustada a la ley y absolvió al demandado.

El Tribunal al conocer del juicio por apelación del fallo interpretó el convenio Jiménez-Mejía, como **una transacción** que consideró igualmente válida. Sostiene el fallo, que en las transacciones no cabe la lesión enorme y aceptando lo pactado en los términos convenidos, como ajustado a la ley, confirmó la absolución del demandado, auncuando por razones diferentes de las consignadas por el Juez. Por lo que se acaba de expresar, se observa que el Tribunal desató la controversia, no sólo respecto de la acción principal, sino de las subsidiarias, ya que absolvió de todos los cargos al demandado y es sabido que es la parte resolutive de una sentencia la que obliga, la que fija entre los litigantes las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia misma. La parte motiva es la base de la resolutive y sirve para su interpretación. Lo cual indica que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos, o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo, no sería la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 del C. J. que dice relación a la forma, sino otra muy distinta.

En un recurso de forma como es el cargo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado no procede estudiar si lo estipulado por las partes en su contrato es una transacción o una simple promesa de contrato porque ello sería entrar al fondo de la

cuestión. Al interpretar el Tribunal lo acordado entre los litigantes en su convención de mayo y deducir de allí una transacción y desechar la opinión del actor de que lo pactado fue una simple promesa de contrato, no falla **minima petita**, ya que el estudio a fondo del problema lo llevó a aquella solución, terminando por absolver al demandado. Lo mismo aconteció con la petición sobre declaración de lesión enorme que estudió el Tribunal.

Se declara pues improcedente la causal propuesta.

**Causal primera:** Acusa también el recurrente por la causal primera, proponiendo contra la providencia en estudio los siguientes cargos, a saber:

a) Violación directa de los artículos 745, 747, 749 y 756 del C. C., por cuanto el Tribunal da como perfeccionada una transacción en que se transfiere sin las solemnidades de ley la propiedad de un lote de terreno.

Sostiene que cuando el contrato de transacción implica la tradición de bienes raíces, "está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil", tal como lo prescribe el artículo 1500 del C. C., que señala también como violado. Al desconocerle el Tribunal al contrato en estudio el carácter de simple "promesa de contrato" para darle el de "contrato de transacción", naturalmente acepta que la prestación de Jiménez a Mejía es en realidad, una transferencia de inmuebles, efectuada por documento privado.

b) Que se trata de una condición suspensiva no cumplida, pero en ningún caso de una transacción, por lo cual considera violado el artículo 1548 del C. C.

c) Cree también que pudiera tratarse de una promesa de permutación o cambio, que operaría cuando tuviera cumplimiento, zanjando así la controversia sobre linderos y que es bien sabido que en tratándose de bienes raíces tal cosa no podría realizarse sino mediante escritura pública registrada.

Que dados los términos de la sentencia, para el Tribunal sí hubo una promesa de permuta o una verdadera permuta de unas mejoras, por un lote de terreno, sin el lleno de los requisitos de ley. Que aplicó, no siendo el caso del pleito, el artículo 1760 del C. C., porque no pudiéndose suplir en los contratos referentes a bienes inmuebles el instrumento público por el privado, el Tribunal aceptó como medio de traslación del dominio un documento de tal naturaleza. Señala igualmente violados los artículos 1958 y 1947 del C. C.

d) Apreciación errónea del contrato contenido

en el mencionado documento privado, tomándolo como sustitutivo de la escritura pública registrada, requerida para la mutación de la propiedad raíz; apreciación tanto más errónea cuanto que del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos aparece que el título de propiedad de Jiménez con respecto a su predio no ha sido cancelado, en todo, ni en parte, lo cual revela que el demandado Mejía se apoderó de una zona de terreno sin estar cancelado el título primitivo, no habiendo por lo mismo adquirido la posesión legal del lote, ni puesto fin a la posesión de Jiménez, como lo prescribe el artículo 789 del C. C. que considerará de la misma manera violado.

Termina sosteniendo que en la apreciación del documento de primero de mayo tantas veces nombrado, hubo error de hecho, porque el Tribunal confundió tal instrumento privado con un instrumento público; y error de derecho, porque la indebida estimación de aquél, llevó al Juzgador a desconocer toda la estructura jurídica que configura el régimen de la propiedad raíz en Colombia y el desconocimiento de las solemnidades exigidas para la tradición de su dominio, por medio de escritura pública registrada. Señala por estos dos aspectos violados los artículos 9º, 669, 740, 756, 785, 2526 y 2637 del C. C.

Se considera:

El litigio reposa sobre la interpretación que pueda dársele al documento privado, suscrito por los contendientes con fecha primero de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, que en otro lugar se insertó.

En tal convenio se consignó lo siguiente: "...somos Rubén Mejía Castrillón y Miguel Ramón Jiménez colindantes... y por razón de linderos hemos tenido alguna diferencia. Tal diferencia la hemos transado hoy de común acuerdo —en forma definitiva, etc., etc."

Como puede observarse por la simple lectura de tal documento, no sólo de la cláusula en que expresamente se dice que su objeto fue el de transigir una disputa de linderos, sino de sus demás estipulaciones, tendientes a definir toda dificultad al respecto, como sucede con lo establecido por los contratantes en lo que se relaciona con los cultivos de pastos plantados por Mejía en terrenos que la aclaración del lindero dejó situados en tierras de su contrincante, determinando que tal mejora pasaba en propiedad a Jiménez y que éste en compensación haría escritura de venta de determinada zona, allí mismo comprendida, a su contraparte, tan pronto libertara su predio del gravamen hipoten-

tecario que pesa sobre él, se desprende que el fin propuesto fue precaver un litigio con motivo de la indeterminación de la línea que separaba sus propiedades.

La transacción es un contrato bilateral, por el cual los contratantes, renunciando cada uno a parte de sus pretensiones, o haciéndose concesiones recíprocas, terminan un litigio existente, o precaven uno por nacer. (Artículo 2469 del C. C.).

Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:

- a) El consentimiento de las partes;
- b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.
- c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario, sin embargo, que las concesiones respectivas de las partes sean de la misma importancia, y de equivalencia exacta, las unas a las otras.

Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común. Ello, porque, por su naturaleza la transacción no es transmisiva, sino simplemente declarativa o reconcitativa de los derechos que forman el punto de discrepancias sobre la cual ha recaído.

Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aún mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contraparte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se los reconoce.

De igual manera, cuando los propietarios de predios limítrofes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, no se hacen por ello cesiones recíprocas de terreno, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que pretendía en cuanto la nueva delimitación abarca sus pretensiones. Lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretan sus títulos y señalan la demarcación, pero cada uno continúa poseyendo por el título de su propiedad, ya que la transacción sólo se encamina a declarar hasta dónde llegan por convenio mutuo los derechos de cada uno de los contendientes.

Aplicando estos principios al caso del pleito se encuentra:

a) Que de conformidad con el contrato suscrito el primero de mayo, los colindantes Jiménez y Mejía, para precaver un posible pleito de linderos, acordaron señalar para el futuro la línea divisoria de sus predios. Existiendo una mejora consistente en cultivos de pasto, de propiedad de Mejía, plantados por éste en la zona de terreno que según la demarcación habría de corresponder a Jiménez, se convino en que ésta le pertenecería en lo sucesivo, debiendo en compensación, escriturar cierto lote de terreno a su contraparte. Se ve pues, que en el referido convenio se reunieron las condiciones que configuran la transacción: posibilidades de un litigio, intención de precaverlo y concesiones recíprocas entre los otorgantes (artículo 2469 del Código Civil).

Tal acuerdo sobre los linderos no entraña la transmisión de la propiedad de bienes raíces. Como consecuencia de lo acordado, Jiménez se obligó a escriturar, cumplida cierta circunstancia, un lote de terreno a Mejía y éste declaró como de propiedad de su contraparte la mejora puesta por él en terreno que vino a corresponder a Jiménez, siendo ésta una de las obligaciones estipuladas en la transacción que debía cumplirse separadamente, con el lleno de las formalidades de ley.

No se han violado las disposiciones que reglamentan la transmisión de la propiedad raíz, y en cuanto a la demarcación de la línea divisoria en los predios colindantes, tal apeo por vía de transacción bien pudo hacerse por el simple consentimiento de las partes, aun verbalmente o por escrito, como aparece en el documento de primero de mayo. Otra cosa es la prueba del acto, que estaría sujeta a las disposiciones generales sobre la materia. Ya se ha visto que en tal transacción al señalar una línea común, los estipulantes no han cedido ninguna parte de su derecho en lo que no fueron favorecidos, sino que simplemente, renunciando en parte a sus pretensiones, han dejado a su contraparte con los derechos por ella pretendidos allí y cada uno continuará poseyendo su inmueble con el título de su propiedad que lo acredita como dueño.

No se demostró que hubiera error evidente de hecho en la interpretación del acuerdo de voluntades consignado en el documento referido y la apreciación dada por el Tribunal se ajusta a los términos de lo pactado y a la voluntad de quienes arreglaron un litigio eventual, claramente consignado en el referido acto.

Como consecuencia de la transacción, como compensación de la cesión de ciertos cultivos, uno de los contratantes se obligó a transmitir por escritura pública, cierta zona de su predio; circunstancia que no obsta si no se ha cumplido, para que la transacción sea legal y si a esta estipulación pueran faltarle requisitos para su validez, cuestión o **sub iudice**, no sería razón para considerar que el contrato principal, la transacción efectuada, no cumpla los requisitos de ley.

El Tribunal no ha declarado nada con respecto a la propiedad de la zona de terreno que en compensación de una mejora se obligó Jiménez a escriturar a Mejía; se limitó a expresar que el contrato cuya nulidad se pide entraña una transacción; que entre las prestaciones originadas en ella, está la de que una mejora de pastos pertenecería en lo sucesivo a Jiménez y que éste en cambio daría escritura de cierta zona de terreno a su contraparte. La legalidad de esa estipulación no ha sido materia del juicio, ni el Tribunal ha declarado cosa alguna relativa a la posesión de la misma zona de terreno.

Hecha la advertencia de que la obligación de raspar el lote de terreno, considerada en sí, requiere, como es obvio, el otorgamiento de escritura pública, no sobra transcribir, en lo concerniente a la transacción misma, lo que la Corte dijo: "La transacción celebrada entre demandante y demandado para poner fin a una controversia de deslinde, en que la línea divisoria de los predios no pudo

identificarse, ni por tanto fijarse en el terreno, no tiene como materia de ella cesiones recíprocas de porciones de la faja disputada. Tal transacción no requiere, por tanto, las formalidades legales sobre mutación contractual de la propiedad raíz". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo 3, No. 4001).

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

#### Sentencia:

Por las razones que se dejan consignadas, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 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 Pereira con fecha veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y seis en el ordinario sobre invalidez de un contrato propuesto por Miguel Ramón Jiménez contra Rubén Mejía.

Costas a cargo del recurrente.

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

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



## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo veinticuatro (24) de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En virtud de un contrato de transporte debidamente celebrado, Samuel Lancheros salió de Bogotá el día 19 de febrero de 1945 con dirección a Ubaté en el bus número 18 con placa número 13135, de propiedad de la empresa de transportes públicos denominada "Flota Ubaté — Luciano Pinilla & Cía.", el cual era manejado por el chofer Alfredo Calderón Hernández, y al llegar al punto llamado "El Bujío", entre Sutatausa y Ubaté, sobre el puente que está en la quebrada llamada "San Telmo", el bus se volcó; cayó aparatosamente en la quebrada; se le abrió la puerta y Lancheros sufrió varias lesiones graves en ambas piernas, que le produjeron incapacidad para trabajar desde el día del accidente hasta el día seis de junio siguiente y disminución de su capacidad de trabajo. Afirma Lancheros que el accidente se debió a malas condiciones del vehículo, lo mismo que a la falta de previsión del demandado y a la impericia del chofer", de cuyos hechos responde el primero.

Fundándose principalmente en estos antecedentes, Lancheros, por medio de apoderado, demandó por la vía ordinaria a Luciano Pinilla, en su propio nombre y como único dueño de la empresa mencionada, para que se declare que es civilmente responsable por culpa contractual del referido accidente; que debe indemnizarle los perjuicios aludidos que se le ocasionaron y pagarle las costas del juicio.

Admitida y sustanciada la demanda el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, que conoció de ella, la decidió en sentencia de trece de marzo de 1946, despachándola de conformidad con sus pedimentos y remitiendo a las partes al procedimiento del artículo 553 del C. J. para la fijación del monto de los perjuicios.

La apelación de los litigantes llevó el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, el que cerró la segunda instancia con la sentencia de 19 de abril de 1947, mediante la cual revocó la

apelada y en su lugar declaró probada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido.

Las razones esenciales que sirven de fundamentación a ese fallo consisten en que sobre la culpabilidad del accidente de tránsito a consecuencia del cual sufrió el demandante las lesiones de que habla la demanda, cursa la correspondiente investigación penal, en la cual aparecen como sindicados Alfredo Calderón Hernández y Luciano Pinilla; que en esa investigación se constituyó como parte civil Samuel Lancheros, según pruebas que al respecto obran en el expediente; que la acción indemnizatoria aquí propuesta queda subordinada a los efectos de la que se sigue ante los jueces penales; que "la institución de la parte civil en el proceso penal, consagrada en el nuevo Código de Procedimiento, establece la acumulación por conexión, de las acciones civil y penal, con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por el delito o infracción, y además con el de prevenir la ocurrencia de fallos contradictorios sobre la misma materia"; que "si la acción indemnizatoria se funda en la infracción de una obligación contractual en que el hecho determinante de la misma constituye un delito o contravención, la parte perjudicada no podrá acudir ante la autoridad civil, sino en cuanto no lo hubiere hecho ante la autoridad penal que conozca de aquella, y con causa en el mero hecho de la violación del contrato. Si la demanda indemnizatoria se propuso ante la autoridad penal, no podrá intentarse ante la civil sino una vez fallado el proceso penal, en aquellos casos no comprendidos entre los que señala el artículo 28 del C. de P. P."; que "como el hecho de donde se deriva el incumplimiento de la obligación tiene el carácter de delito o contravención, por lo cual cursa el correspondiente proceso penal, como entre tal hecho y el perjuicio cuya indemnización se demanda existe evidente relación de causalidad, y como la actora en el presente negocio se constituyó como parte civil en ese proceso, debe concluirse que habiendo el perjudicado escogido esta vía para obtener la indemnización a que se cree acreedora, no puede simultáneamente ejercitar ante la autoridad civil esa misma acción indemnizatoria, por estar subordinada,

razón de tal hecho, a los resultados de la propuesta en el proceso penal. En tal situación surge con respecto a la acción incoada en este juicio, la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, que la jurisprudencia de nuestra H. Corte ha reconocido reiteradamente en situaciones análogas, y cuya existencia impide la consideración del fondo de la acción”.

Al demandante se le concedió recurso de casación, el que, sustentado en oportunidad legal, se procede hoy a decidir.

Las acusaciones que contra el fallo propone el recurrente están contenidas en el siguiente pasaje de su demanda que a continuación se copia:

“El demandante pidió la condena del demandado por haberle incumplido el contrato de transporte y no la indemnización de perjuicios nacidos del delito investigado en el sumario por accidente de tránsito. Estas dos situaciones jurídicas las refundió equivocadamente el Tribunal en una sola, dándole a la acción de perjuicios por el delito o sea a la culpa aquiliana equivocadamente, relegando los resultados de la culpa contractual con lo cual incurrió el Tribunal en interpretación errónea de la ley aplicándola indebidamente, y absteniéndose de fallar no obstante tener competencia, dándole preferencia al artículo 11 del C. de P. Penal que no tenía aplicabilidad en este caso y dejando de aplicar el mandato del artículo 1757 del C. Civil, pues la parte demandada probó la existencia del contrato de transporte ya que adujo en la demanda la escritura pública No. 48 de 31 de enero de 1941 de la Notaría Segunda de Ubaté. Al abstenerse de fallar el Tribunal violó el artículo 472 del C. J., pues le negó la efectividad al demandante de los derechos reconocidos en la ley sustantiva entre otros los artículos 258 del C. de C., ya que relegó la efectividad del contrato de transporte supeditándolo al ejercicio del derecho que dimana de la culpa aquiliana que está regulada en su mayor parte por el Título XXXIV del C. C. Igualmente el Tribunal violó al abstenerse de fallar equivocando la acción de culpa contractual por la culpa aquiliana o extracontractual, el artículo 263 del C. de Comercio, pues entre el demandante y el demandado existió el contrato de transportes expresado en que hubo consentimiento mutuo. También violó con la equivocada tesis de la aplicación del artículo 11 del C. de P. Penal, el H. Tribunal, el artículo 322 del C. de Comercio, pues éste obliga a los empresarios de transportes a emprender y concluir sus viajes en los días y horas que se fijan en sus anuncios y a indemnizar a los pasajeros del

daño que sufrieren en sus personas por vicios del carruaje, por culpa de los conductores o postillones de conformidad con el artículo 306 de la misma obra. Al darle preferencia el H. Tribunal confundiendo la acción por el demandante invocada de culpa contractual por la culpa aquiliana violó el artículo 320 del mismo Código de Comercio, pues no estudió en el fallo el contrato de transporte celebrado entre el demandante y el demandado al tenor de la escritura 48, tantas veces citada”.

Considera la Sala:

Reparando en las alegaciones que constituyen el cargo que literalmente se acaba de transcribir se advierte sin mayor esfuerzo que ellas, por no incidir sobre las tesis centrales en que descansa la sentencia recurrida no suministran la base indispensable que permita acometer el correspondiente estudio de casación y la Corte, oficiosamente, no puede llevar a cabo esta tarea, dada la índole que caracteriza este recurso extraordinario. En efecto, el recurrente propone sus acusaciones apoyándose principalmente en la imputación que le hace al Tribunal de que para decidir la controversia confundió la acción por él incoada, que es de culpa contractual con la de culpa extracontractual o aquiliana, y aparte de que el cargo tal como se sustenta, carece de adecuada formulación, pues debió alegarse y demostrarse un manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda, está, además, desprovisto de todo fundamento, ya que no resulta cierto que el sentenciador haya tenido y dilucidado la cuestión en autos planteada como si fuera un problema de culpa extracontractual: las apreciaciones ya transcritas de la sentencia son tan categóricas al respecto, que impiden atribuirle semejante confusión. Clara y expresamente se dice en ella que la acción propuesta “es la de responsabilidad civil por culpa contractual”, “derivada del contrato de transporte que el demandado pactó con el actor”, y es sobre este pie como se desarrollan todas sus argumentaciones.

Hay más. El Tribunal, para decidir como lo hizo, asevera sin que medie réplica o contradicción alguna del recurrente sobre el particular, que como el hecho que en la demanda se aduce como violatorio del contrato de transporte constituye una infracción penal, para cuyo esclarecimiento se adelanta la respectiva investigación penal, y en la cual el recurrente se constituyó como parte civil reclamando la indemnización de todos los perjuicios que tal infracción le ocasionó, la presente acción ante las autoridades civiles, encaminada a obtener la misma indemnización no puede el actor ejercitarla

simultáneamente con aquella por estar subordinada, en razón del hecho, a la propuesta en el proceso penal.

Y es obvio que sin atacar estas consideraciones que constituyen la motivación central de la sentencia recurrida; sin alegar ni demostrar en debida forma que son violatorias de las disposiciones legales que en su respaldo invoca el Tribunal, o que son inexactas examinadas a la luz de otros preceptos que por ellas vengan a quedar infringidos, el cargo propuesto adolece de manifiesta ineptitud pues manteniéndose en firme —por el expresado motivo— la verdadera fundamentación que al fallo sirve de soporte, no hay lugar a esclarecer si los artículos del Código de Comercio que se citan, relativos todos al contrato de transporte, fueron o no quebrantados.

Entre las disposiciones a que el recurrente simplemente alude como infringidas, por no ser aplicables, al caso de autos, está el artículo 11 del C. de P. P.; pero para rechazar esta vaga acusación es suficiente observar que el Tribunal no ha apoyado en ese precepto la decisión recurrida, ya que éste no ha ordenado la suspensión provisional del pleito mientras se falla el proceso penal, que es lo dispuesto en el mencionado precepto, sino que con fundamento en los hechos y consideraciones que aduce ha declarado probada una “excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo” o “de modo indebido”, “cuya existencia —según reza el mismo fallo— impide la consideración de fondo del litigio”, que es algo que tiene consecuencias

procesales bien diversas de la mera suspensión de pleito: aquella solución finaliza la relación procesal; ésta apenas la paraliza, mientras se profiere la respectiva decisión en lo penal.

Finalmente se advierte que sobre la forma decisoria, adoptada por el sentenciador, o sea si de los hechos que encontró probados se desprendía la excepción que declaró u otra distinta, ningún estudio officioso tiene que hacer la Sala, por cuanto en relación con su procedencia o improcedencia es sí misma considerada no ha mediado reparo alguno del recurrente.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En mérito de las precedentes consideraciones, el 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 abril de mil novecientos cuarenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

**CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — COMPENSACION DE CULPAS. — IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL PARA DEMOSTRAR EL PERJUICIO MORAL SUBJETIVO**

1.—Conforme a constante y conocida jurisprudencia de la Corte, la causal segunda de casación en materia civil es meramente formal y sólo se presenta cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la litis; cuando se deja de decidir sobre algunos de los que han sido materia de la controversia; cuando se condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre las excepciones oportunamente alegadas, siendo el caso de hacerlo.

2.—Conforme a lo estatuido en el artículo 2357 del C. C., la apreciación del daño, está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Además, como lo dijo la Corte en sentencia de 26 de octubre de 1939 (G. J., No. 1950, pág. 757): “La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos”.

3.—De la facultad consagrada por el artículo 95 del C. P. puede hacer uso, en su caso, tanto un Juez de primera instancia como un Tribunal en primera o segunda, porque éste es también juez de la causa.

4.—En forma reiterada ha sostenido la Corte que la prueba pericial es un medio probatorio inaceptable para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección o perjuicio moral subjetivo, llamado también *PRETIUM DOLORIS*.

Rafaela Marín v. de Buitrago demandó en juicio ordinario al Municipio de Zarzal, del Departamento del Valle, para que se le declare civilmente responsable de la muerte, por electrocución, que sufrió su esposo José Jesús Buitrago, al hacer contacto con un cable de alto voltaje de la red de extensión de la planta eléctrica de propiedad de dicho municipio, caído en una de las calles públicas, y se le condene a pagarle los perjuicios materiales y morales que ella padeció como consecuencia del mismo accidente.

En los hechos del libelo afirma la actora que el Municipio, dueño de la planta, no la administra con toda la previsión y cautela que requiere esta clase de empresa, pues son frecuentes los daños que ocurren, tales como la caída de alambres en las calles de la población, en donde permanecen hasta días enteros, sin ser levantados a los postes a que deben estar sujetos; que así, el día 31 de octubre de 1941, cayó en la plaza de Zarzal uno de los alambres de la red de extensión de la planta, daño que fue tan mal reparado, que al día siguiente, o sea el 1º de noviembre de 1941, volvió a caer el mismo alambre a la calle; que estando éste en el suelo pasó por allí Buitrago y al coger el alambre para cambiarlo de sitio, se produjo el accidente que le causó la muerte instantánea por electrocución; que esto le causó perjuicios materiales y morales, consistentes, los primeros, en la suspensión de los ingresos necesarios para vivir que le suministraba su marido, y los segundos, en la falta del afectuoso amparo de que era objeto por parte de éste, en su calidad de esposa.

Admitida y tramitada la demanda con la oposición del demandado, el Juez del Circuito en lo Civil de Tuluá la decidió en sentencia de 5 de abril de 1945, por la cual accedió a las súplicas de la demanda condenando al Municipio al pago de perjuicios materiales y morales; fijando éstos en la cantidad de mil seiscientos pesos (\$ 1.600.00), y disponiendo que aquellos se determinen por el procedimiento del artículo 553 del C. J., con deducción del 20%, por encontrar que la víctima también incurrió en culpa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ambas partes apelaron, y el Tribunal Superior de Buga, que conoció del recurso, lo decidió en sentencia de 12 de febrero de 1947, que reformó la apelada, declarando no probadas las excepciones propuestas por el demandado y condenando a éste a pagar a la actora las cantidades de dos mil setecientos pesos (\$ 2.700.00), en concepto de perjuicios materiales, y de quinientos pesos (\$ 500.00), en razón de perjuicios morales.

En la motivación de esa sentencia el Tribunal, tomando en cuenta las pruebas de la parte demandante y especialmente lo que afirmaron los testigos Maximiliano Castillo, Alfonso Varela, Benjamín Medina y Gonzalo Echeverri, dio como plenamente establecido que el accidente que ocasionó la muerte de José Jesús Buitrago se debió a culpa de los empleados de la planta municipal, "que no repararon en la forma que han debido hacerlo, el daño ocurrido en los cables de la luz el 31 de octubre de 1941, en forma que al día siguiente (1º de noviembre), no hubieran vuelto a caer a la calle", y que el Municipio es responsable extracontractualmente por ese descuido de los empleados de su dependencia en el manejo de la planta eléctrica.

En seguida, basándose en la prueba testimonial aportada por el demandado, tiene también como plenamente demostrado el hecho de que Buitrago se dirigió al lugar donde estaba caída la referida cuerda eléctrica, el 1º de noviembre citado, y manifestando la voluntad de cogerla para cambiarla de sitio, a pesar de las exhortaciones de las personas que se encontraban presentes de que no lo hiciera por el peligro que corría, desoyendo tales exhortaciones y en un alarde de que para él no habría el peligro que imaginaban los presentes, procedió a cogerla, cayendo inmediatamente electrocutado.

De allí concluye que "por lo que relatar todos los testigos citados, indudablemente fue un hecho cierto de imprudencia la cometida por Buitrago al coger el alambre, o cable de alto voltaje de la planta eléctrica, que roto el 31 de octubre del año de 1941, cayó nuevamente a la vía pública el día siguiente. Pero si es ostensible la culpa del damnificado, no es menos definida también, la negligencia o descuido de la conservación de las expuestas líneas, o la ineficacia de su reparación el 31 de octubre de 1941".

Luégo dice que la responsabilidad indirecta para el dueño de una empresa, como la de autos, que lleva anexas a sus actividades contingencias tales como el accidente de que fue víctima Buitrago, no

puede desaparecer con la simple prueba de la diligencia o cuidado, sino precisamente con la del caso fortuito o fuerza mayor o la de intervención de un elemento extraño, y como el Municipio ni siquiera ha pretendido dar esa prueba, debe ser condenado a la reparación del daño sufrido por la demandante.

Después, para determinar el monto del perjuicio material le dio el valor de plena prueba al dictamen pericial rendido por los doctores Adolfo Romero y Daniel Potes L., quienes lo avaluaron en la cantidad de cinco mil cuatrocientos pesos (\$ 5.400.00); pero agregando que esta suma "queda sujeta a la reducción de que habla el artículo 2357 del C. Civil, debido a la marcada imprudencia con que Buitrago se expuso a ser electrocutado, porque conforme al principio "*volenti non fit injuria*" que domina la materia, hay que considerar de menos entidad la culpa del damnificado que la del Municipio, si se trata de establecer una compensación de culpas". Ejerciendo esa facultad legal los fijó en dos mil setecientos pesos (\$ 2.700.00).

Igual procedimiento siguió para la valoración de los perjuicios morales no objetivados, los que, aplicando por analogía el artículo 95 del C. Penal, calculó en mil pesos (\$ 1.000.00) y fijó en quinientos pesos (\$ 500.00).

Ambos litigantes han recurrido en casación y estando debidamente preparados los respectivos recursos, se procede a decidirlos, principiando el estudio de ellos por el que ha interpuesto el apoderado del demandado.

El recurrente invoca en contra del fallo las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del C. J., y en relación con la última dice que en el proceso se ha incurrido en la causal de nulidad determinada en el ordinal 3º del artículo 448 *ibidem*, por no haber llamado al juicio al Fiscal del Tribunal, en la forma ordenada en los artículos 756 y 176, ordinal 1º, de la misma obra.

Se considera:

En este pleito, en que se controvierten intereses exclusivamente patrimoniales, el Municipio demandado ha estado representado por medio de apoderado especial debidamente constituido, (art. 173 del C. J.), por lo cual el Fiscal del Tribunal de Buga no tenía por qué intervenir en la segunda instancia, pues la ley sólo autoriza o dispone que dichos funcionarios defienden a los municipios, en negocios en que no tenga interés el Estado o los Departamentos, cuando aquellos "no hayan constituido un representante que deba gestionar ante los Tribuna-

s" (artículo 176, ordinal 4º, C. J.).

Resulta, por tanto, manifiesta la improcedencia del cargo.

Para sustentar la causal segunda de casación, dice el recurrente que la sentencia no está en concordancia con las peticiones de la demanda, por cuanto condenó al Municipio a pagarle perjuicios a la demandante personalmente y no en su calidad de heredera como lo solicitó en el libelo. Agrega que se ha debido demandar para la sociedad conugal disuelta y para la sucesión de Buitrago, porque si el Municipio debe perjuicios, los debe a aquellos y no a la actora.

Este cargo también es infundado. La demanda es lo suficientemente clara y no permite entender que la actora reclama indemnización de perjuicios en favor de la sucesión de Buitrago, en razón de años ocasionados a éste. Con nitidez innegable se afirma en el libelo (hechos décimo y undécimo), que la demandante como esposa legítima que era de Buitrago, recibió con la muerte de éste perjuicios materiales y morales estrictamente personales y propios, "consistentes, los primeros —reza la demanda— en la total suspensión de los ingresos que para vivir tenía, provenientes del trabajo de mi esposo, y los segundos, en el quebrantamiento de mis fuerzas espirituales, en la falta de cariño y estímulo que su muerte me produjo y en las enfermedades que, por la depresión moral causada por su muerte, he venido y seguiré sufriendo"; y en las peticiones de la demanda se reclama la indemnización para la demandante en persona. Luego los términos en que profirió el sentenciador su decisión, guardan perfecta consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por la demandante, porque decretó en favor de ésta —como estaba demandado y pedido— el pago de las indemnizaciones reclamadas.

En el cargo que con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. propone el recurrente, resumiéndolo, dice lo siguiente:

Que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de las declaraciones de testigos que cita, relativas a la advertencia que a Buitrago le hicieron sobre el peligro que implicaba su deseo de coger la cuerda eléctrica y a la manera burlesca como fue desatendida, lo cual está indicando su culpabilidad; a la esmerada diligencia que el municipio mantuvo en la conservación de las cuerdas de la luz y de los postes que la sostienen; a la intervención oportuna de los empleados de la planta que llegaron a reparar el daño; que el error del sentenciador consiste en creer que hubo culpa del Municipio en

la muerte de Buitrago y que ésta fue mixta, cuando la realidad procesal demuestra que la culpa fue únicamente del fallecido, y en no tener como probados los hechos que justifican la ausencia de culpa del Municipio; que a consecuencia de esto se violaron los artículos 2343, 2347, 2349, 2356, 2357, 1757 del C. Civil y 697 del C. Judicial.

Se considera:

Las alegaciones del recurrente, mediante un examen parcial o incompleto de los elementos de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal, se enderezan a demostrar que la culpa del accidente en que perdió la vida Buitrago, radica exclusivamente en éste; pero olvida, entre otras cosas, que el sentenciador lo imputó culpa concreta o probada al Municipio en la realización del accidente, la cual hizo consistir en la mala, imperfecta o inadecuada reparación que los empleados del municipio hicieron del daño ocurrido en los cables de la luz el día 31 de octubre, lo que dio lugar a que el día siguiente hubieran vuelto a caer a la calle, en el mismo sitio en que se produjo el acontecimiento. Esta conclusión que el Tribunal desprende de las declaraciones de testigos que se citaron al hacer el resumen de la motivación de su fallo, permanece en pie, puesto que el recurrente no la acusa en forma alguna, y como el juzgador, tomando en cuenta precisamente los hechos que invoca el recurrente, estimó que el damnificado incurrió a su vez en negligencia o culpa ostensible, situando así el caso de autos en el de concurrencia de culpas que gobierna el artículo 2357 del C. C., resulta manifiesta la improcedencia del cargo al no atacar una de las bases esenciales en que el fallo se sustenta.

De otro lado, el Tribunal sí tomó en cuenta, para desecharla por ineficaz, la prueba testifical a que se refiere el recurrente sobre diligencia y cuidado del Municipio en la conservación de las cuerdas y postes de luz eléctrica; así se desprende del aparte sintetizado de la sentencia en que sostiene que la responsabilidad indirecta del dueño de una empresa, como la de autos, que lleva anexas a sus actividades contingencias tales como la del accidente de que fue víctima Buitrago, no puede desaparecer con aquella simple prueba, sino con la demostración del caso fortuito o fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño, y que el demandado ni siquiera ha pretendido dar esa demostración. Esta fundamentación de la sentencia tampoco la acusa el recurrente, y la Corte, en casación, no puede, como es sabido, revisarla o modificarla oficiosamente.

Además, hasta sobra advertir que el recurrente no ha planteado su acusación admitiendo el punto de vista en que se situó el Tribunal, pero sosteniendo que la culpa de la víctima sea de tal entidad que absorba o haga desaparecer la del demandado, pues está dicho que sus razonamientos se enderezan a radicar la exclusividad de la responsabilidad en el damnificado, como si aquel hubiera sido totalmente ajeno al accidente. Por tal motivo la Sala no se detiene a considerar una cuestión jurídica que no le ha sido planteada.

Por último, el recurrente hace referencia en su demanda a que el peritazgo practicado para evaluar la cuantía del daño carece de debida fundamentación, y después dice: "en estas condiciones se violaron con la sentencia que acuso los artículos 2347 y 2349, entre otros, del Título 43 del C. Civil, por mala interpretación en cuanto al monto de la indemnización del daño".

Salta a la vista que este reparo no se acomoda a la técnica del recurso, pues adolece de las siguientes fallas que determinan su ineficacia: el recurrente no alega que el Tribunal haya incurrido en error en la apreciación de la prueba, ni dice si ese error es de hecho o de derecho, y después acusa de violación de la ley por mala interpretación, sin expresar en qué consiste ésta ni cuál es la precedente, cuando debió hacerlo por aplicación indebida de la misma, como consecuencia de un error de derecho o de hecho.

Por tanto, no prospera el recurso del demandado.

El demandante también ha recurrido, como está dicho, contra la sentencia, la cual acusa invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J.

Para sustentar la acusación por el segundo de los expresados motivos, alega que el fallo no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, y esta circunstancia la desprende de errores que imputa al Tribunal en la apreciación de la prueba pericial y de violaciones de la ley sustantiva; pero alegaciones de esa índole son impertinentes —como lo ha reiterado la Corte en constante y conocida jurisprudencia— dentro de la causal segunda de casación, que es meramente formal, y que sólo se presenta cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la litis; cuando se deja de decidir sobre algunos de los que han sido materia de la controversia; cuando se condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre las excepciones oportunamente alegadas, siendo el caso de hacerlo.

Invocando la causal primera sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de los artícu-

los 2341, 2347, 2357, del C. C., 95 del C. Penal y 721 del C. Judicial.

En desarrollo de esa acusación alega que mediante dictamen pericial se avaluaron los perjuicios de orden material en cinco mil cuatrocientos pesos (\$ 5.400.00) y los de orden moral en cinco mil pesos (\$ 2.000.00); que no obstante tener el dictamen el valor de plena prueba, el juez redujo el monto de esos perjuicios, aplicando indebidamente el artículo 95 citado, que da al Juez y no al Magistrado, la facultad de fijar prudencialmente la indemnización del daño moral, y violando en igual forma las demás disposiciones que cita por cuanto en su concepto no existe razón de equidad ni de ley que permitan reducir el monto señalado en el experticio en un 50%, pues la culpa que se imputa a la víctima no fue tan grande que permitiera equipararla a la del demandado.

Para responder a esta acusación en lo que hace referencia a la violación de las disposiciones del Código Civil que vienen citadas, basta decir que conforme a lo estatuido en el artículo 2357 ibídem la apreciación del daño está sujeta a reducción, el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, y transcribir la siguiente doctrina de la Corte (Sentencia de 26 de octubre de 1939, G. J. Tomo XLVIII, No. 1950, página 757), que es de todo pertinente al cargo propuesto: "La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según éste se de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos".

Por lo que atañe a la pretendida violación, por aplicación indebida del artículo 95 del C. Penal, es suficiente observar que de la facultad de que en este texto se habla puede hacer uso, en su caso tanto un Juez de primera instancia como un Tribunal en primera o segunda, porque éste es también juez de la causa, y que el sentenciador lo aplicó acertadamente por analogía, para fijar el monto del perjuicio moral subjetivo o del *pretium doloris*, con prescindencia de la prueba pericial, que es, como lo ha sostenido la Corte, medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz, para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección. En este sentido se

ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala en forma tan reiterada y conocida, que ya es hasta redundante verificar su cita.

No prospera, por consiguiente el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de doce de febrero de mil novecientos cuarenta y siete,

proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Buga.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

## ACCION ORDINARIA DE DECLARACION DE INEFICACIA DE UN CONTRATO DE MUTUO

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín demandó Adela Pardo a Carmen Rosa Flórez y Abraham J. Mandel para que mediante el trámite de un juicio ordinario se declarara la ineficacia de un contrato de mutuo hipotecario, del instrumento público en que se hizo constar, y se revisara el juicio de venta trabado con dicho título entre el demandado Mandel y Adela Pardo, todo ello en orden a abolir los efectos del remate celebrado en dichas diligencias de apremio.

Los hechos fundamentales de las pretensiones así resumidas fueron enumerados prolijamente por la parte actora, y de ellos no se hace especial mención por carecer de incidencia en la presente actividad de la Corte.

El Juez del conocimiento, en "fallo fechado el once de junio de mil novecientos cuarenta y seis, declaró nulo el aludido remate, reconoció el dominio actual de la demandante sobre el inmueble materia de la subasta, ordenó la cancelación de las respectivas inscripciones, y denegó las demás súplicas del libelo.

Apelada dicha solución por ambas partes el Tribunal, en sentencia dictada el veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, reformó la apelada sin desvirtuar en el fondo lo ya resuelto por el inferior.

Contra esta providencia interpuso el recurso de casación Carmen Rosa Flórez, y a solucionarlo se procede agotado como está su trámite.

El abogado Julio Alberto Hoyos como personero sustituto de la recurrente, y con el fin de fundar el recurso, presentó ante la Corte un escrito dirigido al Magistrado que como ponente actuó en el Tribunal; dicho documento que se aparta aún en su parte formal de las reglas legales consignadas en el artículo 531 del C. J. sobre las condiciones que debe reunir una demanda de casación, no da asidero a la Sala para examinar en forma alguna el

fallo recurrido, cuyos fundamentos por tal causa no se mencionan en la presente.

La lectura del memorial aludido apenas si permite inferir que su autor reputa equivocadas algunas actuaciones surtidas dentro del juicio de venta que por medio de este ordinario se revisó, tales como haber decretado de plano, y no mediante trámite incidental, una solicitud de Mandel para que se retrotrajeran ciertos términos, lo cual cree el recurrente lesivo del artículo 372 del C. J., y de la plena observancia de las formas de juzgamiento.

No habría siquiera para qué decir que un recurso versa y tiene sentido respecto de la sentencia ordinaria de segunda instancia contra la cual, en este caso, no se presenta cargo alguno; cierto es que el doctor Hoyos afirma que fue violatoria de la ley, sin señalar la norma transgredida, y que considera ocurrido el quebranto por apreciación errada de las pruebas; pero sin la determinación del precepto desoido, y haciendo consistir los yerros de estimación probatoria en "el hecho de tener como pruebas actuaciones judiciales que no habían sufrido o pasado por la tramitación legal correspondiente" deja el recurso sin base y a la Corte sin materia para ejercer la actividad que le corresponde.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida o sea la que profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el once de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

## ACCION REIVINDICATORIA DE UN INMUEBLE

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Por escritura número 530 de la Notaría 1ª de Tunja, otorgada el 14 de noviembre de 1898, Dolores Puerto vendió a Teodosio Farfán la mitad de una casa situada en la acera sur de la plaza de Tuta, y por la escritura número 531, de la misma fecha y Notaría, vendió la otra mitad de la misma casa a Concepción Farfán, quien hizo la compra con autorización de su marido Ezequiel Fonseca.

El 17 de enero de 1906, por escritura número 27 de la Notaría 1ª de Tunja, los cónyuges Concepción Farfán y Ezequiel Fonseca vendieron a Emiliano Fonseca esta mitad de la casa; en noviembre de 1919, en la mortuoria de los mencionados cónyuges, protocolizada en la Notaría 2ª de Tunja por medio de la escritura número 407 del 28 de mayo de 1920, se adjudicó al mismo Emiliano Fonseca la mitad de la misma casa, diciéndose que había sido de propiedad exclusiva de la causante Concepción.

Con estos títulos Emiliano Fonseca demandó a Araminta Farfán para que se declare que le pertenece el dominio de toda la casa y que la demandada le debe restituir la mitad, o sea la parte que da sobre la plaza principal, con sus frutos naturales y civiles, como poseedora de mala fe.

La controversia a que dio lugar la oposición de la demandada, fue resuelta favorablemente para el demandante, por el fallo del 20 de octubre de 1945, del Juez 2º Civil del Circuito de Tunja. Pero después, por apelación de la parte vencida, el Tribunal Superior de Tunja, en fallo del 12 de noviembre de 1946, revocó esa decisión y en su lugar negó las peticiones de la demanda y absolvió a la demandada de todos los cargos del libelo. Sin costas.

Del examen de los títulos deduce el Tribunal que Emiliano Fonseca solamente ha demostrado ser dueño de una mitad de la casa, la de que su madre Concepción Farfán había sido dueña y la única que podía transmitir a Emiliano ya a título de venta,

ya por sucesión mortis causa, y que tanto la venta hecha por la escritura número 27, como la adjudicación que consta en la escritura número 407, se refieren a la misma mitad de la casa, lo que tiene su respaldo en datos que constan en el juicio mortuorio de Concepción y su esposo Ezequiel, donde al relacionarla en el inventario se dijo que esa mitad de la casa había sido de propiedad exclusiva de la causante y que el curador del heredero Emiliano Fonseca había puesto de presente la copia de la escritura de compra hecha por éste, a pesar de lo cual esa mitad de la casa le fue adjudicada a Emiliano, quien objetó la partición diciendo que se le había asignado una finca vendida por los causantes, como se había comprobado al tiempo del inventario; y hace mérito también el Tribunal de la manifestación del curador de Emiliano, quien está, en interdicción judicial por causa de demencia, pues él no autorizó ni ratificó las objeciones de su pupilo contra la partición, fundándose en que según informes, Emiliano y su familia habían convenido, al tiempo del inventario, en que la compra de la mitad de la casa no había sido efectiva ya que el comprador no había dado dinero por ella.

Por otra parte, el Tribunal concluye que Araminta Farfán ha probado su mejor derecho a la mitad de la casa perseguida por el actor, con los títulos que éste le ha enfrentado y que son: la venta de Dolores Puerto a Teodosio Farfán contenida en la escritura número 530 que se citó al principio, y la adjudicación que a la demandada se le hizo de esa mitad de la casa, en la sucesión de Teodosio y su esposa, protocolizada en la Notaría 1ª de Tunja el 6 de diciembre de 1939, por escritura número 1271; estos títulos son suficientes conforme a la certificación del Registrador de Tunja, que fue producida en el plenario.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal, y como ha llegado la oportunidad de resolverlo, la Sala procede a ello, mediante estas consideraciones:

Invoca el recurrente la primera causal de casación diciendo que la sentencia viola la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación

errónea y señala como disposiciones infringidas los artículos 946, 949 y 950 relativos a la reivindicación, y los artículos 2637, 2641, 2652, 2673 y 2674 del C. C., referentes al registro de instrumentos públicos.

Sustenta el cargo alegando que el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación probatoria, desconociendo la legalidad y validez de los títulos del demandante, o sean las escrituras números 27 y 407, de compra y adjudicación, citadas al principio, apreciando, en cambio, la escritura número 530 de 1898 que contiene la venta de Dolores Puerto a Teodosio Farfán, título simulado, pues contiene la cláusula de que el comprador no entraría en posesión de la mitad de la casa que compraba, sino después de la muerte de la vendedora, y dando valor a la adjudicación a Araminta Farfán, de que da cuenta la escritura número 1271, cuando no aparece registrada, ni fue matriculada la finca a que se refiere la adjudicación; que también cometió el Tribunal un error de hecho evidente aceptando los títulos del demandante solamente por una mitad de la casa con lo cual los confundió porque la casa no ha sido partida legalmente, ya que el acta del 22 de noviembre de 1898, firmada por Teodosio y Concepción Farfán, adherida por el Notario a la matriz de la escritura número 531, del 14 del mismo mes y año, no era el medio legal de poner fin a la comunidad sobre un bien raíz, ni tampoco ha sido dividida materialmente como se comprobó en la inspección ocular practicada en segunda instancia; y porque el fallador no tuvo en cuenta que lo adjudicado al demandante en la sucesión de sus padres fue la mitad de la casa que pertenecía a la señora Concepción Farfán de Fonseca exclusivamente.

Observa la Sala que la demanda de casación no trae la demostración de que, dados estos errores de derecho o de hecho, se seguiría lógica y jurídicamente la violación de las disposiciones citadas en ese escrito y precisamente por uno de los modos consistentes en aplicación indebida o interpretación errónea, de los cuales también se ignora en qué han podido consistir, porque el recurrente no los declara ni fundamenta, como ha debido hacerlo.

La sentencia admite la fuerza probatoria de los títulos del demandante, pero no encuentra que de ellos se deduzca que sea dueño de la totalidad de la casa, porque no está probado que la antecesora de Fonseca hubiera sido dueña de dos mitades, una que, junto con su marido, vendió a Fonseca en 1906, y otra que hubiera dejado al tiempo de

su muerte y se la adjudicara al mismo en la partición de 1919.

En cuanto a los títulos de la demanda, no puede decirse que hubiera error de derecho en la apreciación de la escritura número 530 porque la simulación alegada es una mera afirmación del recurrente, no una verdad probada o declarada por sentencia, á lo que no se puede dejar de agregar que la cláusula de donde se deduce la simulación también se encuentra en la escritura número 531, que es uno de los títulos anteriores del dominio del recurrente sobre la mitad del inmueble en disputa. Y tampoco pudo haber error en la estimación de la hijuela de la demandada, contenida en la escritura número 1271, pues al folio 32 del cuaderno 19 se encuentra copia de las notas de registro de la partición y de las anotaciones en el libro de matrículas.

La sentencia demuestra que la mitad de la casa que Fonseca compró a sus padres en 1906 es la misma que se adjudicó en 1919 en la mortuoria de estos causantes, y no aparece en los autos la comprobación evidente de lo contrario, ni las consideraciones del recurrente sobre la falta de división legal o material de la casa son procedentes para infirmar la demostración del Tribunal, ni para establecer que éste hubiera incurrido en una confusión. Indudablemente hubo una equivocación en el inventario y en la partición al decir que la mitad que en la casa se adjudicaba a Emiliano Fonseca había sido de propiedad exclusiva de Concepción Farfán de Fonseca, porque esta señora había comprado dentro del matrimonio y con autorización de su marido Ezequiel Fonseca, por lo cual el derecho proindiviso entró al haber de la sociedad conyugal; pero la equivocación en esa apreciación jurídica del inventario y de la adjudicación, no demuestra una confusión manifiesta en la conclusión del Tribunal sobre la identidad de la mitad vendida y la mitad adjudicada, ya que el demandante no exhibió un título de adquisición de dominio en la casa, por Concepción Farfán, distinto de la compra que el 14 de noviembre de 1898 hizo con autorización marital a Dolores Puerto. Por otra parte, las razones que el Tribunal dio para sustentar aquella identidad no fueron atacadas por el recurrente y así conservan su valor demostrativo.

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 recurso de casación de que se trata y NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribu-

Superior del Distrito Judicial de Tunja el 12 noviembre de 1946. Las costas del recurso son cargo del recurrente. Tásense.

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

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

ACCION DE SIMULACION DE UNOS CONTRATOS. — PRUEBA INDICIARIA. — ERROR DE HECHO EN SU APRECIACION. — CUANDO HAY LUGAR A EL. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS QUE SE REQUIERE PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION POR ESTA CAUSAL

1.—No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una nueva valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho evidente al apreciarlas.

2.—El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno. En general, puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuida sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley.

3.—Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J. que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

De esta manera el derecho positivo da a la conciencia del Juez, la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de proban-

zas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El señor Emilio Rueda contrajo su primer matrimonio por el rito católico con Celestina Pinto, en la población de Piedecuesta, del Departamento de Santander, el once de septiembre de mil ochocientos noventa y de tal enlace nacieron los señores Ana Mercedes, Eva o Evarista y Ezequiel Rueda Pinto.

2.—La cónyuge nombrada señora Pinto de Rueda, falleció el dos de marzo de mil novecientos treinta y dos (1932).

3.—Don Emilio contrajo segundas nupcias con Benedicta Sarmiento el veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y en el acta de matrimonio, según consta de la respectiva partida eclesiástica, manifestaron marido y mujer legítimar a los hijos habidos por los dos, antes del matrimonio, llamados Elvia y Eduardo Sarmiento. Esta legitimación se verificó también por escritura pública debidamente registrada.

4.—El señor Emilio Rueda murió en Bucaramanga el 15 de agosto siguiente.

5.—El citado señor Rueda antes de contraer su segundo matrimonio había transferido sus bienes a su hijo Ezequiel Rueda Pinto, por diversas escrituras públicas, tres de las cuales fueron otorgadas en el año de mil novecientos treinta, vigente su primer matrimonio; una en el año de mil novecientos treinta y tres, siendo viudo; otra en el año de mil novecientos treinta y nueve y otra en el año mil novecientos cuarenta y uno en las mismas circunstancias, es decir, como ya se advirtió, antes de celebrar el vendedor sus segundas nupcias.

6.—Considerando que los traspasos de bienes que acaban de anotar, son simulados, la cónyuge sobreviviente señora Benedicta Sarmiento y sus dos hijos Elvia y Eduardo Sarmiento por medio de poderado propusieron demanda ordinaria contra el doctor Ezequiel Rueda Pinto, para que “se declararan nulós por simulación absoluta” los contratos contenidos en las escrituras de que se ha hablado. La parte petitoria dice así:

“1ª—Que son absolutamente nulós, por carecer de causa real y lícita y por no tener objeto lícito, los contratos simulados de compraventa de varios bienes contenidos en distintas escrituras públicas, que se determinan, celebrados entre Emilio Rueda como vendedor y Ezequiel Rueda Pinto como comprador.

“2ª—Que como consecuencia del ningún valor y efecto de dichas escrituras debe ordenarse la cancelación correspondiente.

“3ª—Que el demandado debe restituir, tres días después de estar en firme la sentencia, a la sucesión de Emilio Rueda, representada por su cónyuge sobreviviente Benedicta Sarmiento v. de Rueda y por sus hijos legítimos Elvia Rueda Sarmiento de Velasco y Eduardo Rueda Sarmiento, los bienes a que se refieren los contratos cuya nulidad se demanda, salvo los que haya podido enajenar a terceros de buena fe con anterioridad a esta demanda y respecto de los cuales deberá el demandado restituir su justo precio.

“4ª—Que la restitución de tales bienes, a la sucesión de Emilio Rueda, tiene por objeto que en la causa mortuoria de éste que se haya levantado o que se levante sean inventariados y luego se haga la partición de ellos entre todos los herederos de dicho Rueda.

“5ª—Que el demandado debe restituir también a la sucesión de Emilio Rueda los frutos naturales y civiles de los bienes de que se trata, incluidos los frutos de aquellos que haya podido enajenar a terceros, debiendo calcularse los que hayan producido o hubieran podido producir administrados con mediana inteligencia y actividad, desde la fecha en que tuvo lugar la delación de la herencia del citado Emilio Rueda.

“6ª—Que se condene al demandado si se opone a la presente acción, a pagar las costas del litigio”.

Antes de surtirse los traslados de la anterior demanda la señora Mercedes Rueda Pinto de Ordóñez, hija del primer matrimonio de don Emilio, se presentó como coadyuvante en el pleito.

#### Sentencia de primera instancia

El juzgado del conocimiento falló el juicio con Gaceta—6

fecha ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, en que se declara lo siguiente: Nulos absolutamente “por carecer de causa, real y lícita, los contratos de compraventa simulados celebrados entre Emilio Rueda y el señor Ezequiel Rueda Pinto”; dispuso la cancelación de los registros de las escrituras públicas contentivas de tales contratos y decretó la restitución de los bienes materia de ellos a favor de la sucesión de Emilio Rueda. Decidió en cuanto a la señora Sarmiento de Rueda, que la cónyuge sobreviviente, como lo era ella, “carecía de personería para hablar como demandante en este juicio en nombre de la sucesión de su marido, a causa de no tener la representación legal de dicha sucesión”. Y por último expresa la sentencia, que la coadyuvante señora Mercedes Rueda Pinto de Ordóñez no tiene en el juicio calidad de parte.

#### La sentencia del Tribunal

Por apelación interpuesta por demandantes y demandado, los autos fueron remitidos al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga donde al final de la actuación, se decidió la segunda instancia por fallo del veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y siete, en que se revocó la sentencia suplicada, se declaró que existía personería suficiente en los actores Elvia Rueda Sarmiento y Eduardo Rueda Sarmiento, para entablar la acción propuesta, la cual se desechó por deficiencia en la prueba. Se decidió de acuerdo con lo resuelto en la primera instancia que Benedicta Sarmiento v. de Rueda carecía de interés jurídico para proponer el pleito en nombre de la herencia de su marido. Se aceptó por estar demostrada, “la excepción perentoria de petición de un modo indebido”, en cuanto a la demanda de restitución de los bienes a que se contraen los contratos de compraventa cuya nulidad fue impetrada, y, por último, se revocó la condenación en costas.

El Tribunal, luego de estudiar detenidamente la prueba circunstancial aducida como demostrativa de la simulación alegada expresa lo siguiente:

“Se han examinado uno a uno los hechos en que los demandantes han creído encontrar la prueba indicial suficiente para la comprobación de que los contratos de compraventa aludidos carecen de causa y consentimiento, pero el Tribunal no encuentra que las circunstancias detalladas alcancen a la categoría de indicios. Sólo se halló un indicio leve y remoto, y otro indicio leve, como resul-

tante de los antecedentes de Emilio Rueda como simulador, y de lo expresado por Ezequiel en la carta que dirigió a su padre, a Barranquilla, en abril de mil novecientos cuarenta y tres. Y ellos, por sí solos, no alcanzan a convencer al Tribunal de que Emilio Rueda en las transferencias que exhiben las escrituras públicas 1031 y 1281, tantas veces citadas, no tuvo la intención de vender, ni Ezequiel Rueda Pinto tuvo la de comprar".

"No es que la Sala haya apreciado aisladamente, en forma singular, los indicios. No. Es que, primero ha examinado cada hecho o circunstancia, para saber si de allí surge o no un indicio. Y de esa labor sólo han resultado los dos antes anotados, que, se repite, no llevan al ánimo del juzgador la convicción de que en las enajenaciones nombradas faltaran los elementos que requiere el contrato de compraventa".

Como se ve, el juzgador encontró que de los indicios señalados como prueba de la simulación de los contratos demandados, ninguno podía considerarse como necesario, es decir, que pudiera constituir de por sí plena prueba y advierte que como es lo legal en tales casos, no es a cada indicio en singular al que puede exigirse tanta fuerza probatoria, pues la plenitud de ésta viene, en su caso, de su apreciación en conjunto, pues cuando no son necesarios, alcanzan el poder de plena prueba si son en su número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo de concurrir todos a demostrar sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido.

Entendió el Tribunal que Benedicta Sarmiento de Rueda funda su interés jurídico para entablar su acción sólo en el derecho que la ley le reconoce a percibir su porción conyugal, lo cual no la capacita para demandar, en nombre de la herencia, como heredera. Que siendo la peticionaria Mercedes Rueda Pinto de Ordóñez, mera coadyuvante de la parte actora, no hay necesidad de hacer declaración alguna por separado en cuanto a ella se refiere.

#### El recurso de casación

Recurrida la providencia en cuestión por los demandantes, el expediente fue enviado a la Corte donde ha tenido la tramitación debida. Habiendo hecho las partes uso de su derecho y siendo la oportunidad legal, la Sala procede a fallar, teniendo en cuenta lo que a continuación se expresa:

Se acusa la sentencia por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J. y se adu-

cen contra ella tres reparos, de los cuales, por lo que se dirá luégo, la Sala estudia el que a continuación se expresa:

"Violación de ley sustantiva, por errores de hecho y de derecho, que constan evidentemente en los autos, y que consisten en la falta de apreciación o apreciación errónea de unas pruebas". Señala como violados los artículos 1740, 1741 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936.

Como este cargo se refiere a la cuestión probatoria, como de su aceptación o negativa depende el éxito del recurso, o la configuración del fallo que se estudia, la Sala cree oportuno estudiarlo de preferencia.

Se trata de la apreciación de la prueba indiciaria presentada por los actores en el proceso, encaminada a demostrar que las ventas de varias fincas o de derechos en ellas, realizadas por don Emilio Rueda a favor de Ezequiel Rueda Pinto durante los años de 1930 a 1941, antes de contraer el vendedor sus segundas nupcias, son actos simulados, pues sólo aparentemente se realizaron los traspasos que contienen las escrituras otorgadas entre padre e hijo.

Hace el demandante ante la Corte un nuevo estudio de todos y cada uno de los indicios que adujo en las instancias como demostrativos de la simulación de que se querella.

Añade el cargo en general, de haberse limitado el actor a presentar en su alegato ante la Corte los indicios que juzga haber demostrado para que se aprecien de nuevo, olvidando que el recurso de casación no es una nueva instancia en que se hace un nuevo estudio de la cuestión probatoria.

No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una nueva valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en error de hecho evidente al apreciarlas. "Cuando la pretendida violación de ley sustantiva se hace provenir de apreciación errónea o de falta de apreciación de pruebas, no basta afirmarlo simplemente como en este caso sucedió, para que la Sala avoque el análisis de las cuestiones de hecho del juicio con una nueva apreciación de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia debatida en las dos únicas instancias que concede la ley, sino a examinar si dados los hechos, tales como los con-

deró establecidos o demostrados el Tribunal, habiendo en la aplicación del derecho violación de alguna disposición legal sustantiva. Es indispensable para la procedencia de la demanda de casación en estos casos, como lo ordena la técnica del recurso y como lo tiene reiteradamente repetido la jurisprudencia, que el recurrente alegue y demuestre, **con la cita y determinación de la prueba correspondiente**, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla, esto es, que le atribuyó un mérito distinto del que legalmente le corresponde, o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, es decir, que sobre las pruebas o por haber omitido su apreciación, aceptó la verdad de un hecho cuya inexactitud aparece evidentemente en el proceso". (*Gaceta Judicial*, No. 1955 y 1956, página 299).

El recurrente en trece numerales hace un estudio de las circunstancias de hecho que juzga demostradas y que a su juicio han debido mover al Tribunal a fallar de acuerdo con su libelo de demanda. Es decir, de nuevo presenta el examen de tales indicios, pero no indica las pruebas con las cuales logró establecerlos y que fueron mal apreciadas, cometiéndose error de hecho o de derecho en ello. El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno. En general, puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuida sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley.

Analiza el recurrente una serie de hechos que juzga establecidos como demostrativos de la simulación de los contratos celebrados entre padre e hijo, tales como el traspaso de la mayor parte de los bienes de don Emilio al demandado; la condición común en todas aquellas enajenaciones de venta con reserva del dominio, condición que en los últimos contratos llegó a establecerse en el sentido de "retracto vitalicio"; la reserva del usufructo a favor de don Emilio en todas las enajenaciones; la reserva de la administración; el hecho de que el comprador y no el usufructuario de los inmuebles pagara las contribuciones prediales, que siempre corresponde a su entender a quien se reserva el usufructo de los bienes; la costumbre de don Emilio de efectuar actos y contratos simula-

dos; las enajenaciones sucesivas o en bloque de los bienes del causante a su hijo; la aseveración de éste de haber cubierto el precio de lo comprado parte en oro amonedado, en momento en que estaba prohibida su circulación; el hecho de que el doctor Ezequiel Rueda Pinto no aparece como contribuyente del impuesto de la renta, especialmente en el lapso en que dice haber acumulado o acumuló mayor cantidad de dinero que le permitiera pagar el precio de \$ 36.000.00, valor de las compras hechas al padre y, por último, el parentesco entre vendedor y comprador.

De todos estos indicios, que juzga no fueron, estimados en todo su valor por el Tribunal, no cita las pruebas mal apreciadas y que llevarán al juzgador a cometer tal error; sólo menciona la prueba de posiciones o sea las respuestas dadas por el demandado a las que se le pidieron en el juicio y donde sostiene que los pagos de las adquisiciones de bienes los hizo en oro y en billetes del Banco de la República; otra prueba citada es la carta del doctor Rueda Pinto a su padre, de fecha 15 de abril de 1943, que el Tribunal estudió y consideró como indicio leve.

De tal manera pues, que el cargo adolece del error de técnica de no haberse señalado, con la excepción indicada, las pruebas mal apreciadas o indebidamente desestimadas.

Pero sobre toda consideración, cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J. que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Deja de esta manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. Ya en otra ocasión expresó esta Sala, "que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia, y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede

elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas”.

En sentencia de 29 de octubre de 1940 dijo esta Corte: “Acepta la Corte que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencie su falta completa de relación con el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea; con la reserva de que cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, de suerte que sus razonamientos sean opuestos a la posibilidad metafísica, natural o de sentido común, es dable a las partes acusar el error de hecho en la apreciación de los indicios, y a la Corte ejercitar su suprema potestad de revisión en este recurso” (G. J., Tomo 50, números 1964 y 1965, página 403, 2ª).

No inciden los motivos presentados por este aspecto, ni se han violado las normas legales señaladas.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sobra estudiar los reparos que el recurrente hace a la Sentencia que se revisa, en cuanto considera que hubo violación de ley sustantiva al declarar el Tribunal que la cónyuge sobreviviente carece de personería para demandar, para la herencia de su marido y en representación de su sucesión la simulación de los contratos en referencia y en la misma situación se encuentra el otro reparo sobre que el Tribunal declaró que en caso de haberse establecido la simulación ha debido demandarse

para la sociedad conyugal en liquidación de Celestina Pinto y Emilio Rueda, y no para la mortuoria de este último, porque habiéndose declarado ineficaz el cargo en cuanto a la cuestión de fondo o sea la estimación hecha por el juzgador de la prueba de indicios que el Tribunal consideró ineficaz en orden al fin propuesto, el recurso será siempre decidido en el sentido de no casar la sentencia ya que la cuestión primordial, la prueba de los fundamentos de la acción al ser estudiados en la sentencia fueron encontrados ineficaces al fin indicado, apreciación que como ya se estudió, no es posible variar en casación por las razones y motivos antes expresados.

Carecería pues de objeto entrar al estudio meramente especulativo de cuestiones que no incidirían en el fallo.

Lo dicho es suficiente para pronunciar la siguiente 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, declara que NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de fecha veintinueve de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Gabriel Rodríguez Ramírez. — Pedro Castilla Pineda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Alvarado Leal Morales. — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Secretario de propiedad.

## RECURSO DE HECHO

1.—Si el ejercicio de la jurisdicción ha de ceñirse a las formas procesales reguladoras de la competencia y a las tutelares del derecho de defensa, so pena de quebrantar la organización constitucional del Estado, no se explica cómo pudiera imaginarse que un acto secretarial esté provisto de capacidad bastante para trastornar válida y eficazmente esas bases de nuestra estructura jurídica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En el juicio ordinario seguido ante el Juzgado del Circuito de Ipiales por Clemencia Castrillón de Mejía contra Tulia Maya de Castrillón sobrevino sentencia de segundo grado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho; dicho fallo se notificó por edicto fijado el ocho de julio subsiguiente y desfijado en oportunidad legal el catorce del expresado mes; siete días más tarde, o sea el veintiuno, el personero de la parte demandada interpuso recurso de casación contra la citada sentencia, el cual le fue denegado, pues el Tribunal consideró perdida su competencia en el pleito porque su secretaría había practicado ya las diligencias tendientes a desanotar y a devolver el proceso. Además de esa apreciación adujo las siguientes: "Si es evidente que para interponer el recurso de casación, que no puede ser antes de la publicación del fallo, ni posterior al último de los quince días siguientes al de que quede surtida a todas las partes su notificación, o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo, es también cierto que la admisión del recurso de casación está condicionado a lo prescrito por el artículo 519 del C. J., o sea que es la naturaleza del juicio y la cuantía de éste lo que determina por sí la admisión del recurso. Ahora bien como este proceso sobre reforma del testamento no es susceptible del recurso de casación, por el primer concepto, o sea por la naturale-

za del juicio, ya que no se refiere al estado civil de las personas, quedaba por resolver si lo era por el concepto de la cuantía, pero como aquí la competencia se determinó no con relación a ella sino por la ley, de acuerdo con lo prescrito por el numeral 5º del artículo 152 del C. J., es claro que el Tribunal no estaba en la obligación de ordenar que el negocio permanezca en la secretaría por el término de quince días, sino que su reclamo estaba a cargo de la parte interesada, disponiendo como disponía de tiempo suficiente para conseguir la finalidad propuesta. Pero esperar a que la sentencia recurrida se ejecutorie, que el juicio termine y que aún se haya desanotado de los libros respectivos para solicitar la determinación de la cuantía, no resulta viable ni jurídico, pues, que en concepto del Tribunal la facultad que concede el artículo 524 del C. J. cuando sea necesario tener en cuenta el concepto de cuantía, únicamente es en el caso de que haya verdadera duda sobre este punto que procede nombrar peritos para determinarla. Pero como en el caso no había determinación de cuantía es obvio que tampoco cabía duda sobre este punto"; la providencia a que se alude termina ordenando la inmediata devolución del expediente al Juzgado de origen "sin lugar a considerar las particiones (sic) formuladas por el doctor Coral"; en relación con este auto, fechado el treinta y uno de julio, dejó el secretario del Tribunal el testimonio siguiente: "No se notificó este auto porque la parte resolutive dijo... Remítase el expediente inmediatamente a la oficina de origen. Cúmplase".

En escrito presentado el diez y ocho de octubre del mismo año de mil novecientos cuarenta y ocho el recurrente se dio por sabedor de la solución parcialmente preinserta, pidió reposición de ella, y subsidiariamente las copias necesarias para recurrir de hecho ante esta Corte; de las que actualmente se tienen a la vista resulta que el expediente se remitió al Juzgado de Ipiales y que después de alguna actuación en él, volvió al Tribunal, entidad que tras varios trámites ordenó, por auto del diez de diciembre que se notificara el fechado el treinta y uno de julio de que se hizo detenida mención en el presente; cumplida tal orden por medio de estado correspondiente al diez

y siete de diciembre, la misma parte recurrente solicitó de nuevo reposición del tantas veces citado proveído, y en subsidio las copias precisas al recurso de hecho; denegada la primera, expedidas las segundas, y llegadas en tiempo hábil a la Sala, se procede a resolver así:

Las razones denegatorias del Tribunal no resisten el más leve análisis, siendo especialmente inaceptable la que hace residir el fenómeno legal del tránsito a cosa juzgada, el de preclusión de los medios para impugnar las sentencias, y el de pérdida de la jurisdicción en el segundo grado, en omisiones del juzgador, o en iniciativas realizadas por la secretaría acerca de frases o constancias más o menos insustanciales y cuya presencia o ausencia son incapaces de generar, menos aún de deformar o de frustrar, las instituciones procesales; que el Tribunal omitiera la orden conducente a la permanencia del proceso en la secretaría para los fines de la casación no aparejaba ciertamente que ese silencio, justificado o no, acelerara la ejecutoria del fallo o impidiera a la parte vencida hasta lograr que el Tribunal prestara oídos a las razones en que fundara la interposición del recurso extraordinario; que el secretario del Tribunal llevado por la omisión de la Sala falladora creyera ejecutoriada la sentencia cuando aún no había transcurrido el término legal para recurrirla, en caso alguno podía operar la sujeción real del derecho a la creencia del secretario y a sus actividades materiales basadas en ella.

Si el ejercicio de la jurisdicción ha de ceñirse a las formas procesales reguladoras de la competencia y a las tutelares del derecho de defensa so pena de quebrantar la organización constitucional del Estado, no se explica cómo pudiera imaginarse que un acto secretarial esté provisto de capacidad bastante para trastornar válida y eficazmente esas bases de nuestra estructura jurídica.

En cuanto a la consideración relativa a que competencia para conocer del pleito en cuestión se fijó por el cauce previsto en el numeral 5º del artículo 152 del C. J., y que por ello no era del caso pensar en su cuantía para los fines del recurso de casación, resulta no menos injurídico porque conduce a una limitación casuista y arbitraria de la regulación especial y exclusiva contenida en el artículo 519 del C. J. sobre los linajes de providencias susceptibles de ser impugnadas en casación.

De lo expuesto resulta que el Tribunal ha debido considerar la concesión del recurso a que se hace referencia, ordenando el avalúo de la acción para establecer si por el aspecto de la cuantía la sentencia impugnada puede o no dar lugar a casación.

Como está pendiente tal duda, se ordena:

Librese despacho al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para que en el término de diez días, más la distancia, proceda al avalúo de la cuantía de la demanda propuesta por Clemencia Castrillón de Mejía contra Tulia Maya de Castrillón valiéndose de peritos designados por esa Corporación en conformidad con el artículo 524 del Código Judicial.

Diligenciado que sea dicho despacho, vuelva el negocio a la Sala para decidir sobre la concesión del recurso.

Notifíquese.

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





## ACCION REIVINDICATORIA

**Demostrado que el demandado es el poseedor, la acción tiene que hallarse bien dirigida contra él, ante el artículo 952 del C. C., sin que obste el haberse dirigido también contra otra persona que no posee. Esto significa, no la nulidad del proceso, sino simplemente la absolución del demandado que no es poseedor.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En libelo repartido al Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali el 19 de febrero de 1940, Carlos Alfonso Ramírez Torres por medio de apoderado entabló juicio de reivindicación de varios inmuebles ubicados en esa ciudad y detallados en la demanda contra Tulia Hernández viuda de Mercado y Rosario Herrera viuda de Hernández.

Cerró el Juzgado la primera instancia el 19 de noviembre de 1941 con fallo absolutorio, sin costas, de que apelaron ambas partes.

Sustanciada la segunda en el Tribunal Superior de allí, en fallo de 29 de enero de 1948 desató el litigio revocando aquél, declarando probada la excepción de carencia de acción en favor de Rosario Herrera de Hernández y condenando a Tulia Hernández de Mercado a entregar al demandante uno de los inmuebles demandados de que lo declara dueño y absolviéndola respecto de los demás inmuebles aludidos. Sin costas en las instancias.

Contra esta sentencia ambas partes interpusieron el recurso de casación que, preparado debidamente, hoy se decide.

Los antecedentes se resumen así:

En la causa mortuoria de Manuel Salvador Jaramillo, muerto el 4 de febrero de 1935, se inventariaron los bienes materia del presente pleito y se adjudicaron a sus hermanos María Anastasia y Tomás Ruperto Jaramillo como herederos, siendo de advertir que en el lugar de este último, que transfirió sus derechos a Pedro J. Lanford, figura este cesionario. La otra heredera vendió a Carlos Ramírez lo que allí se le adjudicó, y éste y Lan-

ford vendieron la totalidad aludida al actual demandante. Jaramillo murió el 4 de febrero de 1935; su causa mortuoria se protocoló el 12 de mayo de 1938; la aludida venta de Anastasia y Ramírez se hizo por escritura de 13 del siguiente junio; la venta de Lanford y Ramírez ya aludida se hizo al actual demandante por escritura de 21 de julio de 1939.

En estos títulos y en los de adquisición del causante Jaramillo que adelante se discriminarán, se funda la demanda que las demandadas contestaron oponiéndose y aduciendo múltiples excepciones que también habrán aquí de considerarse.

El Juzgado basó su sentencia, que no es de fondo, en falta de personería del actor por no haber complementado sus escrituras con el certificado del Registrador sobre vigencia de sus inscripciones.

Establecido en el curso de la litis que la poseedora de todo lo demandado es la Hernández de Mercado y no la Herrera, ésta quedó descartada del debate.

El Tribunal fundó su absolución en no estar acreditada la identidad entre las adquisiciones de Jaramillo y lo que demanda el actor y posee la Hernández. Halla identidad entre lo poseído por ella, lo que fue materia de los contratos citados en cuya virtud Ramírez se presenta como dueño y lo que se inventarió y adjudicó en la mortuoria de Jaramillo; pero no entre esto y lo que Jaramillo había adquirido. En este sentido, no encontró el Tribunal tal identidad sino en lo tocante al único inmueble sobre el cual decretó la reivindicación demandada.

Como ya se dijo, ambos contendores son recurrentes en casación. Prosperando uno de los cargos del demandante, según se verá en seguida, la Sala habrá de dictar la sentencia que reemplace la recurrida, lo que dará ocasión a estudiar los varios problemas del litigio y con ellos los cargos procedentes de la demandada.

El que prospera es el de quebranto del artículo 946 del C. Civil por haberse dejado de aplicar al denegarle la acción ejercida, violación que se ha producido por error de derecho y error manifiesto de hecho en la apreciación de ciertas pruebas, tal como pasa a verse.

Manuel Salvador Jaramillo hubo por permuta con Samuel Benítez el terreno determinado en la escritura número 525 de 10 de julio de 1923, y por compra a Fideligno Nieto la edificación de que habla la escritura número 314 de 14 de abril de 1924; además adquirió en compra estos terrenos: el que le vendió la actual demandada Tulia Hernández junto con su marido Félix Mercado en escritura 1321 de 14 de septiembre de 1926, el que le vendió la sociedad Mixrachi Acrich & Abadí en escritura 397 de 4 de mayo de 1927 y el que le vendieron José Peña y Sofía Fernández de Peña en escritura número 531 de 16 de junio de 1934. El adquirente murió sin haber enajenado ninguno de estos bienes.

Con estas escrituras públicas debidamente registradas y con el certificado del Registrador traído en segunda instancia para llenar el vacío anotado por el Juez, respalda el actor sus pretensiones, en apoyo de las cuales había acompañado al libelo inicial la prueba de las referidas adjudicaciones en la mortuoria de Jaramillo y los traspasos en cuya virtud lo inventariado y adjudicado en ella figura hoy en cabeza del demandante en lo que mira a los bienes contenidos en este pleito.

La falta de identidad entre lo adquirido por Jaramillo y lo determinado en la demanda, que es lo poseído por la Hernández, la deriva el Tribunal principalmente de diferencias en alindación, ya por la nomenclatura de las calles, ya por la indicación de los dueños de los predios colindantes. También obró en aquel sentido la diferencia de cabida en algunos de los inmuebles en cuestión.

Esta diferencia, que en cada uno de sus casos es pequeña, la explican los peritos por no haberse practicado una mensura cuidadosa en las varias ocasiones confrontadas y además porque la ampliación de la vía pública en la estación del ferrocarril hubo de mermar las fincas que dan contra la vía ampliada. Todo esto se ve en el dictamen pericial rendido con motivo de la inspección ocular de 25 de junio de 1943 y se refrenda con el nuevo dictamen pericial a que dio lugar el incidente sobre objeciones a aquél.

En esos dictámenes y en las demás piezas del proceso que en seguida se citarán consta que lo que hoy se llama carrera primera se llamó camino del Comercio y se ha llamado también camino a Puerto Simonds. En el barrio Isaacs a que se refieren algunos de los citados instrumentos, lo que en ellos se indica como zona del ferrocarril del Pacífico es hoy la calle 26, calle que da acceso a ese

barrio. Indistintamente se habla de carrera primera o Avenida Uribe Uribe.

En escrituras públicas otorgadas por la Hernández se usan estas indicaciones simultáneamente en esa forma disyuntiva, así como en memoriales de ella elevados tanto en el presente juicio como en la causa mortuoria de Jaramillo traídos como puerba a la presente.

Entre las piezas autorizadas en este proceso con la firma de la Hernández, figura su contrademanda, en la cual tanto la finca de la carrera 5ª y la calle 26 como el lote de la carrera 4ª y calle 19 materia del presente pleito, figuran exactamente con los mismos linderos con que se hallan en la mortuoria de Jaramillo y títulos subsiguientes de actor. Del propio modo se refiere allí la Hernández a la finca de la carrera primera o Avenida Uribe Uribe en su cruce con la calle 26, donde dice haber construido ella varias casitas. A mayor abundamiento en el sentido de la identidad entre lo adquirido por Jaramillo e inventariado en su mortuoria y lo poseído hoy por la Hernández, cita ésta las escrituras aquí referidas, en lo pertinente, en su contrademanda.

Cuanto al terreno de la carrera 5ª, se tiene que la escritura de compra que de él hizo Jaramillo lo alinda así: al Norte, la carrera 5ª; al Occidente, la calle 26 y al Sur y al Oriente, propiedad de Ernesto Ochoa. Y exactamente estos linderos son los de la demanda y los establecidos en la inspección ocular, sin más diferencia que la consistente en que al nombrar a Ochoa como dueño colindante se agrega "hoy del Presbítero Sabulón Hoyos".

Muerto Jaramillo el 4 de febrero de 1935, el 9 de los mismos mes y año la Hernández otorgó en favor de Rosario Herrera viuda de Hernández escritura de venta de la casa-tienda del cruce de la carrera 4ª con la calle 19 y del lote vendido por Mizrachi Acrich y Abadí de que ya se ha hablado al enumerar las compras de Jaramillo. En esa escritura de 9 de febrero de 1935 la Hernández dice que entre ella y Jaramillo existió negocio de cuentas en participación y que esta asociación, de que ella es gestora, fue quien adquirió esos bienes. En esta calidad se los vende a la Herrera de Hernández, quien años más tarde (1939) se los vende a Tulia Hernández.

El 18 de marzo del mismo año de aquella venta (1935) otorgaron la Hernández y Pedro Telmo Rojas la escritura número 178 en que éste comparece diciendo reconocer como hijo natural suyo al difunto Manuel Salvador Jaramillo y afirmando que en esa calidad es su heredero, y sobre este

pie declara que Jaramillo manejó los bienes de Tulia Hernández de Mercado y que las compras verificadas por él en su nombre fueron de la Hernández. En seguida detalla los títulos y los bienes, así como deudas contraídas por Jaramillo por cuenta de la Hernández, entre ellas una hipotecaria que especifica. Después de exponer así lo relativo a esos negocios en la ciudad de Cali, se refiere a una finca de campo en Cartago para decir que ésta no era de Jaramillo sino en su mitad y en la otra mitad de la Hernández. Con estos antecedentes Rojas dice reconocer que son de la exclusiva propiedad de la Hernández los lotes y edificaciones relatados en ese instrumento y de cargo de ella las deudas, y que la finca de Cartago quedará usufructuándola él inclusive en la mitad de la Hernández, mientras él viva. Ella comparece y dice aceptar todas las expresadas declaraciones, y después los dos manifiestan que ella en nombre propio y él como heredero de Jaramillo "dan a ese convenio el carácter de una transacción con efecto de cosa juzgada entre los otorgantes, sin necesidad de ulterior ratificación o aprobación".

Los cardinales puntos de vista de ella, sostenidos a lo largo del pleito, quedan expuestos con suma claridad en las siguientes palabras de su abogado ante la Corte: "Tulia Hernández de Mercado se había unido en matrimonio de compañía con Manuel Salvador Jaramillo desde antes de fallecer su esposo; pero conservando siempre la posesión y administración de los inmuebles. De esta manera Tulia Hernández, con fondos de su propiedad y en contratos en que intervino Jaramillo solamente para aceptarlos, adquirió el lote de la carrera 4ª con calle 19 de la ciudad de Cali y en ese lote Tulia Hernández levantó una construcción que poseyó y administró siempre en una forma continuada, quieta, pacífica y tranquila, con exclusión de Jaramillo. De esa unión en matrimonio de compañía no hubo descendencia. Jaramillo murió trágicamente y doña Tulia continuó en la posesión pacífica, quieta y tranquila de todos los inmuebles, posesión que en ningún momento ejerció Jaramillo, quien además, era persona pobre y sin recursos. Las leyes del afecto que los rigieron no vincularon a Jaramillo con el hecho de la posesión sobre las cosas".

La afirmación de que Jaramillo obraba en representación de ella y adquiría para ella no tiene respaldo probatorio en los autos. Por el contrario: todos los citados instrumentos de adquisición rezan que él obraba en nombre propio y para sí. Por ejemplo, en la escritura citada de 16 de junio de

1934, dijo: "Que acepta para sí y en su propio beneficio la venta que por esta escritura se le hace....".

Más todavía: una de las adquisiciones de Jaramillo consiste en lo que la misma Tulia Hernández y su marido le vendieron por escritura citada ya aquí, que fue un terreno en el cual los vendedores reconocen que existían edificaciones pertenecientes ya a Jaramillo.

No se comprende cómo incluya ella en su afirmación de que en las adquisiciones de Jaramillo él obraba por ella y para ella, hasta la venta que ella misma le hacía. En este contrato y en los demás citados en que Jaramillo aparece como adquirente, queda en pie la plena fe probatoria que por ley tienen los instrumentos públicos respectivos, pues contra ellos no pueden prevalecer las personales aseveraciones de la Hernández, cuya contrademanda quiso poner *sub judice* esta importantísima cuestión, la que no quedó así porque la demanda no fue admitida. Primeramente la dirigió no sólo contra el demandante sino contra otras personas, por lo cual se le rechazó, y después cuando la repitió concretamente a Ramírez, ya no era oportuna. En ambas ocasiones la negativa del Juzgado la confirmó el Tribunal.

Si en hipótesis se diera por probado que los dineros de las compras y edificaciones en referencia los recibió Jaramillo de manos de la Hernández, o, en términos generales, que de ella fueron tales sumas, ello daría lugar a las obligaciones personales consiguientes; pero por sí no constituiría título de dominio en favor de ella, siendo así que se halla en pie en notarias y registro lo que en favor de Jaramillo consta en los citados instrumentos públicos relativos a sus adquisiciones.

Del propio modo que no es materia del presente juicio la simulación implícitamente afirmada por la Hernández al decir que Jaramillo no adquiriera para sí sino para ella, tampoco lo es lo que pudiera entenderse por liquidación de la sociedad de hecho de que también habla ella como existente por largos años entre ella y Jaramillo. Simplemente versa la contienda sobre reivindicación de los bienes raíces determinados en la demanda, de cuya actual posesión por la Hernández no hay duda, pues así los encontró la citada inspección ocular, a más de que así lo afirma el actor desde su libelo inicial y así lo confiesa y sostiene la Hernández a todo lo largo del pleito. Ella no niega su ocupación y, por el contrario, la afirma, le da la calidad de posesión reputando como de ella los títulos de adquisición de Jaramillo, según se ha recordado aquí

repetidamente, y añade que esa posesión de ella llevaba veinte o más años cuando se le notificó la demanda. Cualquiera que fuese el concepto sobre la posesión misma, salta a la vista lo exagerado del tiempo que ella le señala, puesto que data de la permuta y compras de Jaramillo que fueron, como ya se vio, en los años de 1923, 1924, 1926, 1927 y 1934. Su contestación de la demanda está fechada el 11 de junio de 1940.

No deja de llamar la atención que a tiempo que se considera dueña porque fue para ella para quien adquirió Jaramillo, sostenga ella que éste adquirió para la sociedad que entre los dos existía.

Tanto en lo atañadero a este detalle como en lo referente a los actos administrativos que ella comprobó con recibos de materiales para reparación de las casas, contratos de arrendamiento de varias de éstas, etc., es de citarse la sentencia de esta Sala de 1º de abril de 1944 en que, como en muchas otras ocasiones análogas, distingue entre tenencia y posesión, por lo cual se denegó a casar la sentencia respectiva en que el Tribunal de Bogotá había denegado la prescripción adquisitiva que invocaba el demandante fundándose en los actos de administración que abundantemente demostó haber realizado sobre cierta finca (G. J., Tomo LVII, páginas 141 a 144).

De todo el lapso de tiempo de posesión que la demandada se atribuye no está demostrado sino el que arranca del día de la muerte de Jaramillo (4 de febrero de 1935), que es lo confesado por el demandante. En el tiempo anterior sólo hay comprobados algunos de los actos administrativos aludidos, respecto de los cuales debe observarse que la mayor parte de sus pruebas se refieren a esta última época, esto es, a la que comenzó ese 4 de febrero. El matrimonio en compañía de que habla el abogado para calificar en locución extraña y curiosa las relaciones que existieron hasta la muerte de Jaramillo entre él y la Hernández, aún en vida del marido, quizá explique la intervención de ella en lo tocante a las edificaciones y arrendamientos de que se ha hablado, sin que ello pueda respaldar ni justificar legalmente el ánimo de dueño indispensable para una posesión.

Si los cambios de nombre de las vías públicas y de dueños de predios colindantes quedaron establecidos debidamente en forma de no obstar a la identidad de las fincas de que se trata entre lo adquirido por Jaramillo y lo inventariado y partido en su mortuoria; si la misma demandada al pretender como suyos tales bienes parte de la base de esa igualdad, según se ve en las distintas piezas

aludidas que obran respaldadas por su firma; si los conceptos periciales e inspección ocular concurren a comprobar esa igualdad y si, sobre todo, la Hernández al contestar la demanda inicial del pleito, lejos de reclamar contra esa igualdad de fincas entre lo adquirido por Jaramillo y las adjudicadas en su mortuoria, lo que al respecto aduce en su defensa es la posesión que sobre esas mismas fincas cabalmente ha ejercido tanto durante la sociedad conyugal con su marido Mercado como después de que éste murió, se justifica el cargo de error en la apreciación de todos estos elementos probatorios que el recurrente hace al Tribunal y, se justifica también el cargo de quebranto de las pertinentes disposiciones legales sustantivas relativas a acción reivindicatoria o de dominio en que incurrió en virtud de ese error al denegar las súplicas de la demanda.

El Tribunal, cual si no fuese una misma la fuente de titulación del actor y del reo, entra en la confrontación de las que uno y otro invocan. En esta labor de confrontación acierta al conceptuar que prevalecen los títulos de Ramírez, tanto porque son anteriores a los de la Hernández, aún considerados aquéllos sólo a partir de la mortuoria de Jaramillo, cuanto principalmente porque los de ella carecen de valor legal, pues consisten en la venta hecha por ella misma a Rosario de Hernández para aparecer comprándole después, y en el llamado convenio de transacción en que le reconoce o confiere dominio un individuo a quien se le ocurrió erigirse por sí en heredero de Jaramillo mediante el inaceptable recurso de reconocerlo como hijo natural suyo después de muerto.

Demostrado por Ramírez en debida forma ser dueño de los bienes materia del juicio con las adjudicaciones que de ellos se hicieron en la mortuoria de Jaramillo y con sus referidas compras de lo allí adjudicado, y demostrado también que el causante había adquirido tales bienes y muerto sin enajenarlos, es claro que al actor asiste la acción que ejerce y que, estando investido de ella, no carece de personería para incoarla.

Demostrado que la demandada es el poseedor actual de esos bienes, no puede decirse que carezca de personería para afrontar el litigio o que la acción no esté dirigida contra el obligado a responder.

Dícese esto, porque al contestar la demanda la Hernández opuso, entre las numerosas excepciones atrás aludidas, la de carencia de acción, petición de modo indebido, petición de lo no debido e ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte demandada y del actor.

Opuso también la de prescripción, tanto la extintiva de la acción, cuanto la adquisitiva por posesión continuada quieta y tranquila. Lo ya expuesto sobre que no ha demostrado posesión sino a partir de la muerte de Jaramillo y sobre que aún partiendo de las adquisiciones de éste no habría transcurrido el lapso legal cuando se notificó la demanda, basta para hallar la improcedencia de estas excepciones.

Opuso también la excepción de dolo y la de nulidad de la partición efectuada en dicha mortuoria. Tampoco son procedentes. Ella carece de interés en esa sucesión, sobre cuyos trámites e incidentes nada se ha comprobado que justificase tales excepciones. El dolo consiste en que se suscribieron deudas para obtener uno de los interesados que se le adjudicasen bienes para pagarlas y, además, nada pagó. Bien se ve que estos problemas lo serían para los interesados en la sucesión o para los acreedores reales o imaginarios, no para la Hernández.

Opone, además, como excepciones la de "falta de causalidad en la acción" porque ni Jaramillo ni quienes se dicen sus herederos obtuvieron entrega de esos bienes por parte de quienes aparecen como tradentes en favor de él y porque no hubo pago alguno de él en esas tradiciones; y la de falta de intención de transferir por parte de la sociedad conyugal que existió entre la Hernández y Mercado en favor de Jaramillo y falta de intención en éste de adquirir. Inadmisibles igualmente estas excepciones. Como ya se dijo, la simulación no quedó **sub judice**. Además, como también ya se dijo, ninguno de estos hechos fue comprobado y, por tanto, el sentenciador tiene que reconocer toda su fuerza legal a las escrituras públicas en que es Jaramillo en nombre propio y para sí quien aparece adquiriendo, recibiendo y pagando.

Mucho se ha insistido por parte de la demandada en su dominio sobre la casa edificada en suelo que mide ciento treinta y cinco metros cuadrados, alindada: por Oriente y Sur, con propiedades de los herederos de Manuel Salvador Jaramillo; por el Norte, con la carretera a Puerto Simonds, y por el Occidente, calle 26 al medio, con el Ferrocarril del Pacífico. Así determina esta finca la Hernández al hipotecarla en escritura número 512 el 8 de julio de 1935. El demandante llama la atención a que la Hernández reconociera allí que a la sazón era de la sucesión de Jaramillo lo que formaba los linderos de Oriente y Sur.

De otro lado, él advierte de modo explícito que, esta finca, hace innecesaria la explícita declara-

ción que en este sentido formula el abogado recurrente en su demanda de casación. En el mismo sentido obra la escritura de hipoteca otorgada por Jaramillo al Banco Hipotecario de Bogotá en 1927 que da completa luz para distinguir lo que en el globo El Piloto correspondía independiente y separadamente a él y a la Hernández.

Con insistencia a lo largo del pleito ha hablado ella de las mejoras que ha introducido en varias de las fincas en litigio, en fin de apoyar tanto sus antedichas pretensiones de poseedora aun en vida de Jaramillo, como su petición de que en el evento de ser vencida se le reconozca el valor de sus mejoras y el anexo derecho de retener.

Los comprobantes que adujo al respecto, si acreditan el derecho en cuanto establecen ese esfuerzo o contribución suya, son deficientes para determinar aquí la magnitud y, con más veras, el valor de la prestación. Lo procedente, pues, de acuerdo con los artículos 480 y 553 del C. J., es reconocerle el derecho de que se habla y remitir a las partes a la ejecución de la sentencia para que entonces se fije la prestación respectiva.

Cuanto a la buena o mala fe del poseedor, detalle cuya influencia sobre abono de mejoras y pago de frutos se atiende en los artículos 964 y siguientes del C. C., es de observarse que, a despecho de la ilicitud de las relaciones entre la Hernández y Jaramillo que el apoderado de ella llama **matrimonio en compañía**, desde el punto de vista de los bienes en litigio y de su ocupación por ella y su intervención en administrarlos y mejorarlos, se halla que la presunción de buena fe con que la favorece el artículo 769 de este Código no se ha destruido; de suerte que sobre este pie habrá de regularse lo tocante al abono de mejoras y que, del propio modo, la condena al pago de frutos no arrancará sino del 11 de junio de 1940, fecha de la contestación de la demanda.

Como ya se dijo, desde que la respondió quedó en rigor de verdad fuera de duda, por obra del acuerdo de las partes, lo tocante a identidad de las fincas adquiridas por Jaramillo y las que, adjudicadas en su mortuoria, son perseguidas hoy por Ramírez. A esto se agregó lo que sobre tal identidad demuestra el análisis de los demás elementos probatorios de cuya errónea apreciación el demandante acusa al Tribunal. Establecido que la Hernández es el poseedor, la acción tiene que hallarse bien dirigida contra ella, ante el artículo 952 del C. C., sin que obste el haberse dirigido también contra Rosario Herrera, que no posee. Esto significa, no la nulidad del proceso que se ha querido

hallar, sino simplemente la absolución de esta demandada.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, y revocando la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 2º Civil de ese Circuito el diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, falla este pleito así:

1º—Declárase que Carlos Alfonso Ramírez Torres es dueño de los inmuebles ubicados en Cali y detallados en la demanda inicial del juicio;

2º— Condénase a Tulia Hernández viuda de Mercado a entregar a dicho Ramírez esos bienes una vez ejecutoriado el presente fallo y vuelto el expediente al Juzgado de origen (G. J., artículo 790);

3º—Ramírez abonará a la Hernández como poseedora de buena fe el valor de las mejoras pue-

tas por ella en los bienes referidos. Esta prestación se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J.;

4º—La Hernández pagará a Ramírez los frutos de los mismos bienes del once de junio de mil novecientos cuarenta en adelante. El valor de esta prestación se fijará también en la ejecución de la sentencia;

5º—No están probadas las excepciones opuestas por la Hernández;

6º—Absuélvese a Rosario Herrera de Hernández de todos los cargos de la demanda;

7º—No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

**ACCION DE FILIACION NATURAL. — NOTORIEDAD DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES. — EXCEPCION DE PLURALIDAD DE RELACIONES. — QUE SE REQUIERE DEMOSTRAR PARA QUE SE LA CONSIDERE PROBADA. — SU DIFERENCIA CON LA EXCEPCION DE VIDA DISOLUTA DE LA MUJER, CONSAGRADA POR OTRAS LEGISLACIONES**

1.—Si la paternidad misma hubiera sido el objeto directo de la confesión, se trataría de un reconocimiento de hijo natural y no de una declaración judicial.

2.—Es cierto que la ley exige que las relaciones sexuales hayan existido de manera notoria, pero analizando lógicamente este requisito por su finalidad y razón, hay que concluir que sólo es procedente cuando se prueban las relaciones contra la negativa del padre presunto, porque admitiéndose entonces la prueba testifical como medio de constatar su veracidad se explica y justifica la exigencia de la notoriedad como circunstancias del testimonio para garantizar su pureza. Si las relaciones sexuales no se cumplirían dentro de la notoriedad en el sentido aceptado por la jurisprudencia de que fueran comúnmente conocidas en el lugar de residencia de los amantes, es claro que la prueba de testigos quedaría lógicamente desvirtuada. Resultaría absurdo exigir publicidad o notoriedad como complemento de la confesión del amante, como si la fuente de la presunción de paternidad no fuera la existencia de las relaciones sexuales con la estabilidad o continuidad ya conocidas.

3.—La identidad en el tenor literal de las declaraciones y la sospechosa minuciosidad del recuerdo de los testigos son circunstancias para ser tenidas en cuenta en el estudio probatorio de los grados de jurisdicción, pero carecen de interés en examen de casación, que en materia de pruebas no es oportunidad de nuevo justiprecio libre y general, ni replanteamiento de la cuestión de hecho controvertida.

4.—La pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, es una situación que establecida de modo fidedigno desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues en-

tonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Popayán, en libelo del 25 de julio de 1946, Ernestina Herrera, por medio de apoderado y como representante legal de su menor hijo natural Diego Felipe Herrera, demandó en juicio ordinario a Carlos Dueñas para que se declare que su representado Diego Felipe es hijo natural del demandado, habido en ella, y que debe pagar las costas y expensas que ocasione el juicio si se opone a la declaración solicitada.

Se apoya esta demanda sobre la declaración judicial de paternidad natural en el numeral 4º del artículo 4 de la ley 45 de 1936, por haber existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, por espacio de más de siete años, desde 1934 hasta junio de 1941, entre la madre demandante y el demandado, durante las cuales y después de ciento ochenta días de comenzadas, nació Diego Felipe (2 de octubre de 1938) como fruto de esa unión, en

cuyo alumbramiento asistió a la madre el demandado Dueñas, quien ha provisto a la subsistencia, alimentación, vestuario, etc., de su hijo. Estos hechos, discriminados, se enumeran como fundamentos de la acción y para su prueba se adujo con la demanda copia de las posiciones extrajuicio absueltas por Carlos Dueñas el 20 de febrero de 1946 a pedimento de Ernestina Herrera ante el Juzgado 1º del Circuito de Popayán y seis declaraciones sumarias, debidamente ratificadas en el curso del juicio.

En su contestación a la demanda acepta el demandado el hecho de haber tenido con Ernestina Herrera relaciones sexuales, pero no notorias y estables por el tiempo que ella afirma, sino ocasionalmente y dentro de la mayor reserva, y afirma que ellas no pudieron tener como consecuencia la concepción de Diego Felipe porque debido a su edad y agotamiento físico era fisiológicamente imposible ese hecho, para evitar el cual usaban, además, elementos preventivos, y porque, por otra parte la demandante tuvo relaciones amorosas en ese mismo tiempo con distintos hombres de Popayán.

Trabada así la controversia, al término de la actuación de la instancia sentenció el Juzgado del Circuito el 25 de marzo de 1947 en conformidad con lo pedido, declarando que el demandado Carlos Dueñas, mayor y vecino de Popayán, es padre natural del menor Diego Felipe, hijo también de Ernestina Herrera, y ordenando que una vez ejecutoriada la sentencia se dé aviso al Notario 1º de Popayán para los fines del artículo 370 del C. C. Sin costas.

#### Sentencia acusada

Con un salvamento de voto el Tribunal Superior de Popayán confirmó la sentencia del Juzgado en la suya del 19 de noviembre de 1947 que finalizó la segunda instancia a que dio lugar la apelación de ambas partes.

Del cuidadoso análisis probatorio del proceso dedujo el Tribunal, teniendo como prueba central la confesión del demandado corroborada con las declaraciones testimoniales que cita, que estando plenamente probados los hechos básicos de la demanda, acordes con los que contempla el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y no habiéndose probado ninguna de las dos excepciones a que se refiere su último inciso, hay lugar y mérito a la presunción de paternidad allí establecida. "De la confrontación de estas pruebas el Tribunal deduce

las siguientes consecuencias: que con la confesión del demandado hecha en posiciones y con la prueba testimonial ya analizada está suficientemente demostrado que entre el señor Carlos Dueñas y la señora Ernestina Herrera existieron relaciones sexuales estables y notorias entre los años de 1935 y 1941; que durante ese tiempo nació el menor Diego Felipe Herrera, o sea el 2 de octubre de 1938, según aparece de la partida de origen eclesiástico, pues no fue encontrada dicha partida en el registro civil; que el señor Dueñas apoyó durante ese tiempo a la señora Ernestina Herrera proporcionándole dinero para la subsistencia; que el señor Dueñas prestó a Ernestina sus servicios de partero en el momento de nacer su presunto hijo Diego Felipe; que la señora Herrera observó buena conducta durante sus relaciones con Dueñas y que éste visitaba casi diariamente la casa de la demandante. Además, uno de los testigos afirma que el menor Diego Felipe tiene un gran parecido al señor Dueñas y todos los declarantes sostienen ser del dominio público que este niño tiene por padre natural al demandado".

#### El recurso

En la 1ª y en la 6ª de las causales de casación apoya el demandado el recurso contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Dentro del orden lógico que prescribe el artículo 537 del C. J., la Sala procede a examinar las causales aducidas:

**Causal sexta.**—La causal de nulidad que alega el recurrente como base de esta acusación es la ilegitimidad de la personería de la demandante "por haber sido parte el Ministerio Público, es decir, haber sido doblemente representado el menor demandante, lo cual constituye un vicio en el procedimiento, que como lo dice el Magistrado que salvó su voto, genera una causal de nulidad".

Se considera:

Por haber dicho en su demanda el apoderado de la madre de Diego Felipe, representante legal del menor, que las declaraciones que impetraba debían hacerse con intervención del Ministerio Público, se dio traslado de la demanda al Personero Municipal de Popayán, en el primer grado, y en la segunda, al Fiscal del Tribunal, pero ambos se abstuvieron de intervenir en el juicio y rendir concepto manifestando que habiéndose incoado la acción por el representante legal del menor hijo no le correspondía la calidad de parte al Ministerio Público, como lo tiene jurisprudencialmente establecido la Corte Suprema es interpretación del

artículo 12 de la ley 45 de 1936. A esto se redujo, según lo que aparece del proceso, la intervención del Ministerio Público en este juicio sobre declaración judicial de paternidad, lo cual no justifica el concepto de doble representación ni, alcanza a constituir siquiera una irregularidad dado el pedimento de la demanda, mucho menos un motivo de nulidad que no puede hallarse fuera de los taxativamente determinados, en la ley. Ningún defecto se advierte en la personería de la parte demandante, y lo acontecido con respecto al Ministerio Público, cuya intervención conceptual, de haberse producido no invalidaría la actuación, resulta artificioso y vano como fundamento de una de las nulidades alegables como base de la causal sexta de casación, que por lo expuesto se rechaza.

**Causal Primera.**—Por quebranto de ley sustantiva se formulan los dos cargos siguientes:

“a) Acuso el fallo del Tribunal de Popayán — dice el recurrente—, por violación del ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, como disposición sustantiva, por errada apreciación de las pruebas tendientes a demostrar la paternidad de mi representado, con el hijo de Ernestina Herrera”, por cuanto dedujo de las posiciones absueltas por Dueñas y de las declaraciones testimoniales al respecto, que las relaciones sexuales entre demandante y demandado fueron públicas y estables. De las primeras, estudiadas en su contexto general y teniendo en cuenta las modificaciones y explicaciones dadas por el absolvente, “puede inferirse únicamente las relaciones sexuales, pero nunca que éstas hubieran sido, para atemperarnos a las exigencias de la ley, notorias o públicas, ni tampoco estables. No en una sino en varias de sus respuestas, reitera el demandado absolvente, que sus relaciones eran de cuando en cuando y que siempre lo hacía con sigilo y reserva, en horas que no pudiera ser observado y teniendo en cuenta que no hubiera otras personas”. Y por lo que hace a las declaraciones de Isabel Ruiz, Dolores Quintero, Rosa de Galvis y Elena Charria, cuando se refieren a las relaciones sexuales, están redactadas literalmente por el mismo tenor, unas por ser vecinas y otras por haber estado al servicio de la demandante, hablan o deponen en términos poco propios de personas sencillas sin mayor instrucción, ya se refieren a los convecinos, hablan de relaciones sexuales de carácter estables, y precisan días, ni más ni menos, aun siendo vecinos, entre la concepción y el nacimiento. . . . En resumen, considero que los testimonios adolecen de defectos que no pueden ser atendibles por el Juzgador, y que, por

lo tanto, al dárseles el mérito probatorio que se les asignó, incurrió el Tribunal en error en la apreciación de la prueba”.

“b) El Tribunal no quiso darle valor probatorio a las declaraciones que adujo la parte demandada para demostrar que la demandante tuvo relaciones sexuales con otras personas en el tiempo a que se refiere la demanda, entre la concepción y el nacimiento, y por consiguiente, violó, como disposición sustantiva, el ordinal del artículo 4º de la ley 45 de 1936. . . . Los señores José Antonio Caicedo, Arcesio Cerón, Teófilo Manrique y Rogelio Guevara, en declaraciones suficientemente explicadas, claras y concisas, deponen sobre las relaciones de la señora Ernestina Herrera con otras personas distintas del señor Dueñas. . . .”.

Considera la Sala:

a) “Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

“4º—En el caso de 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 el hijo hubiere nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones. . . .” (artículo 4º de la ley 45 de 1936). Estos hechos, requeridos por la ley como base de uno de los casos de presunción de la paternidad, el planteado en este caso, por el Tribunal, fueron tenidos como plenamente probados con la confesión del demandado, contenida en las siguientes respuestas a las posiciones que para preconstituir la prueba le pidió Ernestina Herrera:

“A la tercera.—Cómo es verdad, sí o no, que entre el absolvente señor Carlos Dueñas y la señora Ernestina Herrera existieron de manera notoria relaciones sexuales estables, desde el año de 1934 hasta el mes de junio de 1945? Contestó: Es cierto, pero aclaro: cuando yo iba a visitar a la señora Herrera, no siempre podía entrar a su casa, porque a veces sentía que había alguna visita y entonces me eximía de penetrar a la habitación. Solamente en alguna ocasión en que entré repentinamente a su casa encontré allí una visita particular. Supe por boca de ella misma después de algunos días que aquella visita era de un señor agrónomo, de Buga, que, a pesar de las circunstancias conocidas por él, le había venido a proponer matrimonio, pues había sido novio de ella hacía algún tiempo. Leída la aprobó. A la Cuarta.—Cómo es verdad, sí o no, que las relaciones sexuales estables y notorias que existieron entre el absolvente y la señora Ernestina Herrera, duraron

por un espacio de tiempo, más o menos, de siete años? Contestó: Es cierto, pero aclaro: como lo dije en la pregunta anterior, las relaciones sexuales no fueron estables porque yo visitaba de cuando en cuando ni tampoco fueron notorias, sino discretas, reservadas, y de tiempo, no puedo acordarme a cuánto se extendieron. Leída la aprobó. A la quinta.—Cómo es verdad, sí o no, que durante los siete años de relaciones sexuales que el absolvente llevó de manera pública y notoria con la señora Ernestina Herrera, el absolvente entraba a la casa de habitación de la señora Herrera todos los días de las nueve de la noche en adelante? Contestó: Esta pregunta la tengo contestada atrás, con la restricción de que la publicidad y la notoriedad no fueron una actividad, por lo menos mía, pues yo siempre era discreto en estas cosas. No sé si la señora Herrera para su conveniencia habrá hecho o no público esto. La entrada a su casa la hacía yo, siempre y cuando que no hubiera quien se diera cuenta y salía de allí antes de las diez. Leída la aprobó”.

“Es verdad —dice el recurrente concretando así su reparo al juicio probatorio del Tribunal—, que el señor Dueñas confesó el hecho de haber tenido relaciones con la señora Ernestina Herrera; así lo contesta a las preguntas 3ª, 4ª y 5ª del cuadro de posiciones, pero todas estas respuestas están condicionadas al carácter reservado, en ningún caso notorio, como lo deja consignado muy claramente en varios de los pasajes de las posiciones...”. Para que se presuma justificadamente quién es el padre en el caso concreto que se considera, es suficiente saber como se sabe de manera cierta, que el hombre a quien se imputa la paternidad mantuvo relaciones sexuales con la madre del hijo de que se trata, por lo menos durante todo el período legal en que la concepción se presume de derecho. La estabilidad con que condiciona la ley las relaciones sexuales es conceptualmente contrapuesta a la calidad de efímeras o pasajeras y se vincula en su duración a la época concepcional, y no hay duda, porque él mismo lo declara así en su primera respuesta categóricamente, de que Carlos Dueñas se unió carnalmente con la Herrera desde el año de 1934 por un lapso que se extendió mucho más acá de 1938, en que nació Diego Felipe. La expresión explicativa “de cuando en cuando” usada por el demandado y alegada como excluyente de la estabilidad de las relaciones, en vez de contrariar la calidad de estables, mejor sería decir continuas, las describe exactamente en el caso admitido por la ley de que los amantes no

vivan bajo el mismo techo. A más de las declaraciones confesionales, el Tribunal dedujo la certidumbre de que las relaciones aludidas duraron continuamente por más de siete años, de los testimonios de Rosa Lugo de Galvis, Adelaida Astaiza, Dolores Quintero, Julio César Plata y Camilo Ramírez Ospina, visiblemente bien justipreciados por el sentenciador y no atacados eficazmente en el recurso de casación.

Desde luego la confesión de Dueñas utilizada por el Tribunal es respecto de la existencia de las relaciones sexuales, que es el hecho básico en que se sustenta la presunción de la paternidad. No importa que el absolvente haya negado ser el padre de Diego Felipe. Si la paternidad misma hubiera sido el objeto directo de la confesión, se trataría de un caso de reconocimiento de hijo natural y no de uno de declaración judicial. No hace falta, aunque también está fehacientemente establecido, que las relaciones sexuales de Dueñas y la Herrera se hubieran llevado de manera notoria, porque, demostrada con la confesión del presunto padre, esa modalidad circunstancial carece de importancia y sentido; en esta situación pueden haber sido ocultas, o discretas y reservadas como las califica el demandado. Es cierto que la ley exige que las relaciones sexuales hayan existido de manera notoria, pero analizando lógicamente este requisito por su finalidad y razón, hay que concluir que sólo es procedente cuando se prueban las relaciones contra la negativa del padre presunto, porque admitiéndose entonces la prueba testifical como medio de constatar su veracidad se explica y justifica la exigencia de la notoriedad como circunstancia del testimonio para garantizar su pureza. Si las relaciones sexuales no se cumplieran dentro de la notoriedad, en el sentido aceptado por la jurisprudencia de que fueron comúnmente conocidas en el lugar de residencia de los amantes, es claro que la prueba de testigos quedaría lógicamente desvirtuada. Resultaría absurdo exigir publicidad o notoriedad como complemento de la confesión del amante, como si la fuente de la presunción de paternidad no fuera la existencia de las relaciones sexuales con la estabilidad o continuidad ya conocidas.

Aunque las anteriores conclusiones en materia de prueba de las relaciones sexuales y sus calidades legales hacen en realidad innecesario el examen del reparo del recurrente a las declaraciones testimoniales, analizadas conjuntamente por el Tribunal como elemento de convicción corroborante, no deja de advertir la Sala que los reparos de ca-

acter formal que se anotan a los testimonios son válidos como ataque en casación, porque de ellos o es posible en manera alguna deducir una equivocada estimación de su mérito, ni ponen de manifiesto la evidencia contraria. La identidad de su tenor literal y la sospechosa minuciosidad del recuerdo de los testigos son circunstancias para ser tenidas en cuenta en el estudio probatorio de los grados de jurisdicción, pero carecen de interés en el examen de casación, que en materia de pruebas no es oportunidad de nuevo justiprecio libre y general, ni replanteamiento de la cuestión de hecho controvertida.

b) El inciso final del artículo 4º de la ley 45 de 1936, complementario de su ordinal 4º dice: "En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del C. C., estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre". Consagra este precepto con el carácter de excepciones perentorias las defensas de que dispone el presunto padre para oponerse a que opere la presunción de paternidad que establece la ley, si cree que no obstante las relaciones sexuales estables con la madre del hijo que se le imputa, no fue su progenitor. De éstas, la relativa a imposibilidad física de procreación, alegada por Dueñas en la contestación de la demanda, no existe ninguna prueba, ni a esta circunstancia alude el recurrente.

El cargo que se va a considerar toca con la segunda, consistente en la pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, situación ésta que establecida de modo fidedigno desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues, entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a Gaceta—7

la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan.

Con la debida atención consideró probatoriamente el Tribunal este esencial aspecto exceptivo de la controversia, que estimó incapaz de inhibir la declaración judicial de paternidad, porque la prueba testifical producida al efecto no ofrecía datos ciertos y aceptables sobre la naturaleza de las relaciones que se le achacan a la demandante con otros hombres, ni sobre la época en que tuvieron lugar. Se examinan en la sentencia acusada las declaraciones de José Antonio Caicedo y Arcesio Cerón Chacón, los testigos que deponen sobre hechos de la mayor importancia al respecto, y dice: "Lo sustancial de la declaración del primero se refiere a la conducta de la señora Herrera y puede resumirse así: que dicha señora mantenía relaciones con el señor Edgar Orjuela, puesto que los veía conversar de noche y de día en la puerta y en la ventana de la casa de dicha señora, lo cual ocurrió del año de 1936 a 1940. También afirma el testigo que la Herrera era visitada por otros hombres, entre ellos algunos médicos, pues ella ofrece la profesión de obstetrix; que salía con estos últimos en automóvil, pero sin precisar la fecha en que esto ocurrió, ni siquiera el mes o el año. El testigo Cerón Chacón declara con la misma vaguedad y sobre los mismos hechos a que hace alusión el declarante Caicedo. . . . Los dos testigos de que se viene hablando hacen alusión a unas relaciones amorosas que mantenía Ernestina con un médico, cuando desempeñaba el cargo de norsa de una clínica que existió en alguna época en esta ciudad. Pero respecto al tiempo en que ocurriera este hecho no dan razón los declarantes". A este propósito de los amores con el médico de la Clínica del Pacífico, a que los testigos aluden indeterminada y vagamente, la Herrera, en posiciones que le pidió el demandado, confiesa que los tuvo "con el médico dueño de la clínica que funcionó en esta ciudad en los años de 1930 a 1934", esto es, antes de que comenzaran las relaciones con Dueñas de que hoy se trata, y que éste no ignoraba esos amores porque ella se lo contó.

A esta declaración confesional no alude el recurrente. Su cargo, como se vio, lo hace consistir en que "el Tribunal no quiso darle valor probatorio a las declaraciones" de Caicedo y Cerón, ya conocidas, ni a las de Teófilo Manrique y Rogelio Guevara, bien despreciadas porque nada prueban, pues además de sus fallas de indeterminación sobre los hechos, estos testimonios lo son de mera referencia.

A la vista del contenido y características de esta prueba testimonial no se necesita añadir nada para ver que el Tribunal no incurrió en ningún error en la estimación de su mérito al concluir que sobre ella no se podía asentar la convicción de las relaciones sexuales concurrentes con otro hombre, alegada por Carlos Dueñas para oponerse a la declaración de su paternidad del menor Diego Felipe. La Sala ha preferido detenerse en el examen de las pruebas para hacer ver que no fueron demeritadas y que manifiestamente no revelan la evidencia del hecho que el Tribunal no consideró probado con ellas, no obstante que habría podido limitarse a rechazar el cargo que por carecer de todas las condiciones y requisitos de la técnica legal del recurso no daba base en verdad para el examen y estudio de la acusación por quebranto indirecto de la ley sustantiva.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 19 de noviembre de 1947, objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

## ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO. — ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

La ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante no es una causa de nulidad del proceso, sino un motivo de fondo para absolver al demandado, como que no constituye un vicio del procedimiento sino la falta de un elemento esencial del derecho deducido en el juicio, de la acción ejercida en la demanda. Y la ilegitimidad de la personería adjetiva, que sí es causal de nulidad del proceso, no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente.

Este es el resumen de las doctrinas que ha sostenido esta Sala en varios fallos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez)

Antonio Jaramillo Escobar, como apoderado de Ana de Jesús Escobar, demandó a José de Jesús Escobar para que con su audiencia se declarara nula, o resuelta, o rescindida, la venta del fundo rural llamado "El Buey", sito en jurisdicción municipal de Medellín, otorgada por la madre del poderdante, señora Celsa Garcés v. de Escobar, al demandado, hijo suyo.

Tramitada la primera instancia, el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín le puso término con la sentencia del 14 de junio de 1946, en que absolvió al demandado. Por apelación de ambas partes conoció del asunto el Tribunal de Medellín, el que confirmó la sentencia del Juzgado en fallo del 24 de marzo de 1947.

Por recurso de casación del demandante ha de conocer de este fallo la Corte Suprema, y para resolverlo considera:

El Tribunal anota que es muy dudosa por lo menos la facultad del demandante para iniciar la demanda, pues el poder de la Escobar le fue conferido para obtener el pago o entrega de unas propiedades que pertenecen a la sucesión de Celsa

Garcés, con sus frutos, mediante juicio ordinario contra el hermano de ella.

Y luego dice: "El doctor Jaramillo Escobar demanda para la sucesión de la señora Celsa Garcés; pero resulta que no se ha acreditado con la partida notarial respectiva que la citada señora Garcés haya muerto realmente el 8 de julio de 1945, porque el acta eclesiástica con la cual ha querido acreditarse este hecho no tiene según la ley 92 de 1938 sino el valor de prueba supletoria cuando se demuestre que no existe la notarial exigida en primer término por dicho estatuto. Luego el interés jurídico de la demandante no está acreditado por razón obvia que acaba de anotarse o sea por deficiencia de prueba".

Y para reforzar la decisión absolutoria, basada en ilegitimidad de la personería sustantiva de Ana de Jesús Escobar, hace dos observaciones: que el demandante ataca la venta a José de Jesús por demencia de la vendedora, sin parar mientes en que la misma señora Celsa vendió un inmueble a Ana de Jesús al año siguiente, lo que implica que ésta consideraba a aquella como sana de mente; que la demanda ataca a José de Jesús por no haber pagado el precio de venta aquí impugnado, y la poderdante Ana de Jesús reconoce que por la venta que después hizo a ella su madre, no le pagó dinero.

Finalmente, pone de presente la sentencia que la acción de rescisión por lesión enorme estaba prescrita a la fecha de la notificación de la demanda.

El recurrente acusa la sentencia por las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del C. J. En el capítulo tercero dice que en el juicio se incurrió en nulidad por ilegitimidad de la personería sustantiva de Ana de Jesús Escobar y por ilegitimidad de la personería adjetiva del apoderado de la misma, doctor Jaramillo Escobar, quien sustituyó el poder al recurrente.

En el capítulo segundo acusa violación de los artículos 19 de la ley 92 de 1938, 448 y 455 del C. J., directamente y por indebida aplicación del primero, y por falta de aplicación de los otros, porque la ilegitimidad de la personería sustantiva causa nulidad del proceso y el Tribunal podía ponerla en conocimiento de las partes, pero no podía fallar en el fondo y menos en forma absolutoria; y porque

el demandante trató de acreditar con una partida eclesiástica su carácter de hija legítima de Celsa Garcés, para establecer personería, y ese documento sólo podía usarse como prueba supletoria; en ese mismo capítulo señala violación directa de los artículos 2142 y 2157 del C. C., 256 y 270 del C. J., por haber aceptado el Tribunal como mandato lo que no tenía ese carácter y por haber reconocido implícitamente la actuación del apoderado doctor Jaramillo Escobar cuando no se había ceñido rigurosamente a los términos del poder; y violación de los artículos 448, 449 y 455 del C. J. por falta de aplicación, pues si los hubiera aplicado el Tribunal, como le parece lo indicado, habría declarado la nulidad en vez de dictar fallo absolutorio.

En el capítulo segundo el recurrente hace el cargo de que en las consideraciones hechas por el Tribunal para reforzar su decisión incurrió en error de derecho admitiendo que pueden hacerse donaciones por medio de ventas ficticias, y en error de hecho al establecer equivalencia entre las porciones de dos hijos legítimos, uno de los cuales recibió de su madre un bien de valor de \$ 150.00 y otro que recibió una propiedad de \$ 2.00.00 avaluada dentro del juicio en \$ 5.000.00; también hace el cargo de que al decidir en el fondo, sin declarar la nulidad, aceptó el Tribunal la personería sustantiva de la Escobar y la adjetiva de su apoderado, sin otra prueba que la partida eclesiástica de defunción de Celsa Garcés, la de bautismo de Ana de Jesús Escobar y el poder a Jaramillo Escobar, documentos que fueron erróneamente apreciados; termina señalando como infringidos los artículos 1849 y ss., 1008 y ss., 1239 y 2157 del C. C. y el artículo 19 de la ley 92 de 1938.

La Sala considera:

1º—La ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante no es una causa de nulidad del proceso, sino un motivo de fondo para absolver al demandado, como que no constituye un vicio del procedimiento sino la falta de un elemento esencial del derecho deducido en el juicio, de la acción ejercida en la demanda. Y la ilegitimidad de la personería adjetiva, que sí es una causal de nulidad del proceso, no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente.

Este es el resumen de las doctrinas que ha sostenido esta Sala en varios fallos, de uno de los cuales, el del 9 de mayo de 1938 se toman estos

aportes:

“La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial, es la que dice relación con la facultad de representación en juicio o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la existencia misma del derecho demandado o de la acción incoada...”.

“Así las cosas observa la Corte que la personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la misma ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tanta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegitimamente de representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa. (artículo 457 del C. J.). Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habría de reconocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada”. (G. J. No. 1935, página 424).

Así pues, el cargo del capítulo tercero no es aceptable, ya porque no existe la causal de nulidad alegada, ya porque el recurrente como sustituto del abogado cuyo poder se señala como deficiente

o puede alegarla ni aún como causal de casación.

2º—Lo dicho en el punto anterior sirve también como refutación a la primera y a la última parte del segundo cargo, donde se habla de falta de aplicación de los artículos 448 y 455 del C. J., normas que no son sustantivas, como que sólo establecen las causas de nulidad en los juicios y el modo como el Juez debe proceder cuando descubre un vicio en el procedimiento.

Al Tribunal le bastó la ausencia de prueba principal de la defunción de Celsa Garcés para considerar que no estaba acreditada la calidad de heredero con que el apoderado de Ana de Jesús Escobar había ejercido la acción; de modo que no tuvo que apreciar la partida eclesiástica de bautismo de esa señora y así no pudo incurrir en violación alguna del artículo 19 de la ley 92 de 1938. Y si manifestó mucha duda sobre la representación del apoderado demandante, no llegó a tanto que no la tuviera como legítima, pues si hubiera estado cierto de que el poder no facultaba al demandante para el ejercicio de la acción, habría concluido que existía un vicio en el proceso y lo habría puesto en conocimiento de la propia señora Ana de Jesús Escobar para que ratificara la actuación o pidiera la nulidad. Pero, sobre toda consideración, surge la de que el fallo confirmatorio de la absolución no se fundó en la estimación del poder conferido al demandante, como un título legítimo de representación judicial, lo que se refería a la parte formal del juicio, sino en la falta de prueba de la existencia o apertura de la sucesión en cuyo nombre y para la cual se hacían las súplicas de la demanda, lo que es un motivo de fondo cuya procedencia no ha sido impugnada por el recurrente.

3º—Los errores de hecho y de derecho que el recurso apunta en el capítulo segundo, en el supuesto de que existieran, no podían dar lugar a la casación impetrada porque no influyeron en la decisión pronunciada en la parte resolutive de la sentencia y dejarían en firme el verdadero fundamento de la absolución que fue la falta de prueba de un elemento esencial de la acción. Las observaciones que el Tribunal llamó de refuerzo

son argumentos de orden lógico o moral, sacados de actos anteriores a la demanda y distintos de los fundamentales de la acción, que hace aparecer como inconsecuente la actitud de la señora Ana de Jesús al iniciar y seguir este pleito.

Y por último, aunque es cierto que el fallo confirmatorio de la absolución del demandado, implica el reconocimiento de la personería adjetiva del apoderado demandante, con base en el poder con que éste obró, lo que no puede impugnar su sustituto, como atrás se vio, no es igualmente cierto que acepte la personería sustantiva de la Escobar con fundamento en la estimación de las partidas eclesiásticas, una de bautismo de Ana de Jesús y otra de defunción de su madre, las que no serían sino pruebas supletorias, porque fue precisamente en el rechazo de la prueba de la defunción en la que se fundó el fallador para concluir que no estaba probada la legitimidad de la personería sustantiva de la poderdante, y que por eso debía absolverse al demandado. Por esas razones no puede admitirse error de derecho en el fallo, en lo relativo a la estimación de las partidas eclesiásticas y del poder, ni violación de las disposiciones legales citadas al final del capítulo en estudio.

Por 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 recurso y NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha del 24 de marzo de 1947.

Las costas del recurso son del cargo del recurrente.

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

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



ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE PROMESA DE VENTA. — FACULTADES DE LA CORTE COMO TRIBUNAL DE CASACION EN MATERIA CIVIL. — NULIDADES. — CUALES PUEDEN ALEGARSE EN CASACION

1.—Si al estudiarse una demanda de casación, la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas o meramente procedimentales de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es juez de instancia. La Corte tiene tal carácter cuando rompe la sentencia del Tribunal y entonces, en su caso, se sustituye a éste como juzgador de segundo grado y dicta el fallo correspondiente.

2.—No toda irregularidad es motivo de nulidad. Por lo demás, en casación no pueden alegarse otras nulidades que las señaladas en el artículo 448 del C. J., según el numeral 6º del artículo 520 ya citado.

3.—Las disposiciones meramente procedimentales escapan al recurso de casación.

4.—El ejercicio de la facultad consagrada por el artículo 1546 del C. C., o lo que es igual, la elección de pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior o, por el contrario, el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, corresponde al contratante que ha cumplido sus compromisos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

**Antecedentes**

Ante el Juzgado 3º del Circuito de Bogotá, Angel María Téllez propuso demanda ordinaria contra la señora Ana Silvia Piñeros de Ospina, para que con su audiencia se declarara resuelto el contrato de promesa de venta celebrado por Téllez con la demandada a virtud del cual el primero prometió vender a la segunda dos lotes de terreno ubicados en la ciudad de Bogotá, mediante la entrega por parte de la promitente compradora de una suma de dinero de contado que satisfizo oportunamente y abonos periódicos que dejó de cu-

brir, siendo condición expresa la de que la falta de pago de seis cuotas daría derecho al promitente vendedor, para declarar resuelto el contrato y pedir la devolución de los lotes cuya administración y tenencia fue confiada desde el primer momento a la señora Silvia de Ospina, más los arrendamientos estipulados por el goce de la cosa materia de la convención.

La acción se intentó en el año de mil novecientos cuarenta y cinco, y entre los hechos se relata que la obligada dejó de hacer los pagos periódicos a que se había comprometido desde el año de mil novecientos treinta y siete. En la cláusula sexta de la estipulación contractual, se expresa que la omisión en el pago de más de seis cuotas consecutivas, debe considerarse como que la señora Silvia de Ospina "se ha retractado del negocio" y que con el aviso de un mes de anticipación tendría ésta derecho para que se le devolviera el cincuenta por ciento de las sumas abonadas. Afirma el actor que hizo entrega a su contratante de los bienes que intentaba venderle y que ésta, dejó transcurrir más de seis contados sin los abonos convenidos, habiendo estado por su parte, listo a cumplir lo prometido, es decir, a efectuar la tradición legal de los inmuebles en cuestión, en las condiciones pactadas.

Admitida la demanda y corrido el traslado de ley, la notificada se limitó a negar los hechos y a oponerse a que se declararan las súplicas impetradas.

Tramitada la primera instancia, el Juez del conocimiento por providencia del quince de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, declaró resueltos los contratos, negando las demás peticiones de la demanda. Sin condenación en costas. De este fallo interpusieron alzada ambas partes, dando origen a la remisión de los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

**La sentencia recurrida**

Agotada ante el Tribunal en debida forma la actuación de segundo grado, se dio solución al negocio por providencia del doce de junio de mil no-

cientos cuarenta y siete. En su fallo el Tribunal decidió el pleito en el sentido de confirmar la resolución de los contratos de promesa de venta decretada por el Juez con la consiguiente orden de devolución al demandante de los lotes materia de la promesa, estableciendo que el actor debía devolverle a la demandada la suma líquida que resulte de deducir de las cantidades abonadas a cuenta de la adquisición, el valor de los arrendamientos de los lotes que también se había estipulado. Como perjuicios se dispuso que la señora de Ospina debía cubrir al actor "los frutos civiles que correspondan como productos de los lotes durante el tiempo que ha tenido el uso y goce de ellos hasta el día de la entrega".

No satisfecha con la sentencia, la demandada interpuso recurso de casación por cuyo motivo los autos fueron enviados a la Corte, donde han sufrido la tramitación de rigor. Siendo la oportunidad de fallar, la Sala Civil de la Corte procede a ello teniendo en cuenta lo siguiente:

#### Los fundamentos de la sentencia

Encuentra el sentenciador claramente determinado el contrato de promesa de venta que liga a las partes contendientes con el pleito; que la compradora hizo entrega de ciertas sumas, dejando de cubrir los contados restantes en número mayor de seis; que la demandada ha estado en posesión de los lotes de terreno que intentaba comprar siendo deudora de los arrendamientos estipulados que debían compensarse con parte de las sumas abonadas que se dispuso devolverle a la demandada, quien fue condenada al pago de frutos civiles.

Halló el Tribunal establecido el incumplimiento de sus obligaciones por la demandada y no observa demostración alguna de incumplimiento por el actor; pues su compromiso de hacer escritura de los lotes libres de gravámenes, cubiertos los impuestos, se refiere al momento en que pagado el precio por la compradora le correspondiera hacer la tradición legal en los términos convenidos, situación que no se presentó porque como ya se advirtió, la promitente compradora dejó de hacer el pago periódico de las cuotas convenidas hasta completar el precio de lo prometido vender.

La sentencia que se revisa considera que dejó de cumplir con sus obligaciones la demandada y no apareciendo por otro lado que el actor dejara de llenar las suyas, debe prosperar la acción resolutoria incoada, ya que, como lo dispone el artículo 1546 del C. C., está envuelta tal condición en todo contrato bilateral como los de autos, en caso de no

cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, como se demostró plenamente.

#### Las causales de casación propuestas

En un alegato, más propio para un Tribunal de instancia que para cumplir las formalidades especiales del recurso de casación, el recurrente hace algunos reparos a la sentencia del Tribunal, sosteniendo que "infringió el artículo 520 del C. J. en sus numerales 1º, 2º y 3º, que consecuentemente violó el derecho sustantivo por infracción directa, interpretación errónea comoquiera que esa sentencia no está en armonía con las pretensiones de los litigantes, conteniendo en su parte resolutoria declaraciones contrarias".

Es decir, involucra lo relacionado con la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. C., con la segunda y tercera, ya que habla de interpretación errónea de la ley, para terminar con el reparo de que el fallo es incongruente y además contradictorio, sin que por otra parte conste, en cuanto al último reparo, que se pidiera la respectiva aclaración de él.

Cita una serie de disposiciones del Código Procedimental, sin recordar que el artículo 520 del C. J. señala privativamente como motivo de casación, "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea".

Dice que al tenor del artículo 494 del citado Código, la apelación de la sentencia debe entenderse interpuesta en lo desfavorable al apelante, pero no expresó en qué consiste el reparo sobre el particular, en qué parte de la sentencia y con qué motivo se infringió la regla.

Que se violó el derecho de defensa como quiera que el Juez no admitió el memorial de contrademanda. Señala como violados por tal motivo los artículos 482 del C. J. y 26 de la Constitución Nacional. Que el Tribunal no reparó en que el fallo "no satisfizo ninguno de los requisitos o exigencias de la ley haciendo el análisis o comentario de las incongruencias y vacíos, etc.". Cita como violados por ello, los artículos 271 y 593 del C. J., que "reglamentan las exigencias que deben apreciarse para conceptuar en definitiva".

Ante todo cabe observar que si al estudiarse una demanda de casación, la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas o meramente procedimentales de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es Juez de instancia. La Corte tiene tal carácter cuando

rompe la sentencia del Tribunal y entonces, en su caso, se sustituye a éste como juzgador de segundo grado y dicta el fallo correspondiente.

No toda irregularidad es motivo de nulidad. Por lo demás, en casación no pueden alegarse otras nulidades que las señaladas en el artículo 448 del C. J., según el numeral 6º del artículo 520 ya citado.

Los artículos 471 y 593 del C. J. son reglas procesales para la actuación y no se ve en qué forma pudieron ser violadas, ni lo expresa el recurrente; lo mismo acontece con el precepto constitucional mencionado.

Si se refiere al rechazo de la contrademanda, recursos tuvo la proponente que no ejercitó, como el de recurrir al superior, etc.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

b) Dice luégo el mismo recurrente, que tanto el actor como la demandada están acordes, que coinciden en sus pareceres, "que hay confesiones recíprocas y existe identidad de criterio comercial para llevar a término su negocio", lo que lo lleva a sostener que está demostrada la excepción de "demanda antes de tiempo". Que se violó, por no aplicarse, el artículo 343 del C. J.

Se considera:

Las disposiciones meramente procedimentales escapan al recurso de casación. Si el recurrente cree que está demostrada una excepción, ha debido acusar el fallo por violación indirecta de la ley, por falta de apreciación de una prueba, que estaba obligado a señalar, completando el cargo con la cita de la disposición civil que configura el derecho, que dejó de aplicarse por la falta en la apreciación del elemento probatorio.

Por lo dicho se hechaza el cargo.

c) Hace el reparo, que la acción entablada se encamina hacia "un enriquecimiento sin causa" ya que en el actor existe el propósito deliberado "de hacerse nuevamente a los inmuebles que en la actualidad tienen un crecido valor", para arruinar "a la madre de muchos hijos". Se extiende en amplias consideraciones sobre el particular, mas no cita disposición alguna que a su juicio hubiere sido violada.

Se considera:

No se citan por el recurrente las disposiciones sustantivas que supone violadas. El solo concepto no da base a la Sala para hacer consideraciones al respecto.

Por lo tanto se declara ineficaz el cargo.

d) Violación del artículo 1546 del C. C. por "infracción directa y aplicación indebida".

Se apoya en que a su juicio, las partes han manifestado interés recíproco y buena voluntad para llevar a cabo la escritura de transferencia o realización de la promesa pactada, especialmente el cliente, cuando al evacuar el traslado de la demanda pide que los compromisos "tengan su real y efectiva satisfacción".

Que claramente expresó la señora de Ospina en la contestación aludida, su deseo de allanarse al cumplimiento del contrato, acogiéndose al último aparte del artículo 1546 del C. C., donde dice: "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato", de aquí, agrega, la insistencia de la demandada para que los compromisos tengan su real y efectivo cumplimiento, exigiendo además que en la sentencia se señale o determine el plazo para perfeccionarlos por escritura pública y proceder a entregar el dinero restante, "que listo está".

Se considera:

El Tribunal al hacer el estudio de la cuestión encontró, que la promitente compradora señora Silvia de Ospina, no cumplió con la obligación de cubrir en el tiempo convenido y por determinadas cuotas, el resto del precio de los lotes de terreno que Téllez se había comprometido a transferirle en dominio, los que él le había entregado, mientras se formalizaba el contrato; encontró igualmente el juzgador que las demás estipulaciones a cargo de Téllez, como la escritura de venta de las referidas zonas de terreno, libres de todo gravamen y cubierto el impuesto predial, se referían al momento de la solemnización del contrato de venta, a cuya realización no se llegó por la falta de la promitente compradora de satisfacer el precio de los lotes referidos, en el tiempo y condiciones señalados como ya se ha dicho.

Por otra parte, si el artículo 1546 citado permite al contratante que ha cumplido con lo de su cargo, pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, tal facultad o mejor, la elección, corresponde a quien ha cumplido sus compromisos, y en el caso de autos consta que por parte de la demandada se dejaron de llenar sus obligaciones contractuales, y no así por el promitente vendedor.

No sobra advertir que la escogencia de una acción compete al actor y no al Juez.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia profecida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha doce de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

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

## ACCION DE EXCLUSION DE UNOS BIENES DEL INVENTARIO DE UNA SUCESION. — SOCIEDAD CONYUGAL. — PARTICION DE BIENES SUCESORALES

1.—La sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes en una comunidad. Es en el juicio de sucesión del cónyuge fallecido, dentro del cual se procede, en primer término, a liquidar tal sociedad para saber qué bienes pasan al patrimonio exclusivo del cónyuge muerto, representado por sus herederos o legatarios, y cuáles al supérstite.

2.—Para efectuar la partición de bienes del difunto, es indispensable establecer de un modo preciso y determinado, cuál es el patrimonio que ha dejado. Si sus bienes no están confundidos con bienes pertenecientes a otras personas, no habrá dificultad alguna, pues su caudal hereditario, hechas las deducciones correspondientes, será la materia de la partición. Pero el patrimonio del difunto puede estar confundido con bienes pertenecientes a otras personas, por razón de bienes propios o gananciales con su cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas u otro motivo cualquiera. En tal caso, como lo ordena el artículo 1398 del Código Civil, se procederá, en primer lugar, a la separación de esos patrimonios, dividiendo las especies comunes, según las mismas reglas que se dan para la partición de la herencia.

3.—Con la simple audiencia del legatario no se puede discutir la exclusión de bienes de los inventarios en una sucesión, porque son los herederos quienes representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1155 del C. C.).

Los legatarios no lo representan (artículo 1162 del C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

### Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Pasto, el doctor Aníbal A. Córdoba, diciéndose subrogatario de las acciones y derechos de los herederos del señor Guillermo Almeida y de los de la señora Benicia Jurado de Almeida, esposa de éste, demandó al señor doctor César Burbano B. en su carácter de adquirente a título singular, de la mitad de una casa de habitación situada en la referida población, para que con su audiencia se decretara la exclusión de la mitad de dos tiendas que forman parte integrante del inmueble adquirido por Burbano, exclusión que pide debe hacerse de los inventarios de los bienes sucesorales dejados por la señora Benicia Gómez Jurado de Almeida, por haberse incluido indebidamente en los inventarios de los bienes relictos de la aludida señora, siendo así que pertenecen a la sociedad conyugal en liquidación, formada por el matrimonio de los citados cónyuges, que dice representar.

Entre los hechos relatados por el actor como fundamento de su petición, aparece que don Guillermo y la señora Benicia fueron cónyuges entre sí. Que la señora era dueña por causa anterior al matrimonio, de la parte alta de una casa de habitación, cuya planta baja estaba formada por dos locales destinados para tienda; que durante la sociedad conyugal, los esposos Almeida y Gómez Jurado adquirieron el resto de la propiedad, o sea, los aludidos locales. Que la señora Gómez Jurado otorgó testamento, dejando a su marido dos predios rurales y la mitad de toda la casa nombrada, y la otra mitad a su sobrina, Inés Gómez Jurado. Que la señora Benicia falleció y su juicio de sucesión se declaró abierto, teniéndose como interesado en él al cónyuge supérstite, señor Almeida, quien posteriormente también falleció. Que en los inventarios y avalúos de la mortuoria de Benicia Gómez Jurado de Almeida se inventarió la casa de habitación junto con los dos locales para tienda de la planta baja, sin que éstos fueran bienes de propiedad de la causante, lo que movió al doctor Córdoba, subrogatario de los derechos de los herederos del marido y de su cónyuge, a pedir su

exclusión de los referidos inventarios. Que habiendo cedido su legado la señorita Inés Gómez Jurado al doctor César Burbano y siendo éste titular de la finca y cesionario de la legataria, dirige contra él la demanda.

Hace constar en el libelo respectivo, que la acción debía proponerse contra los herederos de la señora de Almeida, pero que siendo él, el heredero reconocido por compra de los derechos herenciales, se considera inhibido para figurar como demandado, ya que a su vez es el actor en el pleito.

El Juez del conocimiento encontró que no se había demostrado la existencia de la sociedad conyugal que formaron la señora Gómez Jurado y el señor Guillermo Almeida, por lo cual absolvió al demandado de los cargos propuestos. Apelada la providencia en cuestión, el Tribunal decidió el recurso por fallo de ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en que reformó la providencia del inferior y declaró probada "la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado".

El juzgador de segundo grado consideró que mandándose una declaración de dominio en contra de la sucesión de la señora Gómez Jurado de Almeida, no se señaló la persona o personas que pudieran representarla, pues el actor se limitó a manifestar que él representaba dicha sucesión y que "por hallarse inhibido por confesión de derechos" bastaba enderezar la demanda contra el legatario de la otra mitad de la casa". Es decir, la acción se propuso exclusivamente contra éste.

Dice la sentencia que tal circunstancia no era suficiente para dejar de aplicar los artículos 1155 y 1162 del C. C., donde se expresa que los herederos y no los legatarios representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Que del hecho de haberse declarado subrogado el doctor Córdoba en los derechos del heredero Jurado, ello no quiere decir que no hubiere otros herederos.

Sostiene que en la cláusula séptima del testamento por la cual se instituyó el legado de la mitad de una casa, a la señorita Inés Gómez Jurado, no aparece que le legara las dos tiendas, sino la mitad proindivisa con don Guillermo Almeida de la casa, y tal señalamiento no se radicó en parte determinada; agrega que "mientras no se verifique la correspondiente partición no se puede anticipar a qué comunero corresponderán esas dos tiendas y por ello, ni siquiera por tal aspecto, tiene fundamento legal la citación hecha en la demanda al

mencionado actor", lo que movió al Tribunal a declarar que existía ilegitimidad de personería sustantiva en el demandado.

No satisfecho el doctor Córdoba con los resultados del litigio, ocurrió en casación.

El recurso ha tenido en esta Corporación la tramitación debida, y siendo la oportunidad legal, se procede a dictar el fallo correspondiente, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente:

#### Los cargos propuestos

Se acusa la providencia en cuestión por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., por violación de ley sustantiva, por interpretación errónea y por infracción directa.

a) Se funda el actor en que, al considerar el Tribunal que la demanda sobre exclusión de bienes inventariados ilegalmente en la sucesión de la señora Benicia Gómez Jurado de Almeida, fue dirigida únicamente contra el legatario de los bienes y no contra la sucesión de la referida causante, "incurrió en una interpretación errónea de las mismas disposiciones invocadas (artículos 1152 y 1162 del C. C.), por error de hecho que aparece manifiesto en la demanda", pues la sola observación del escrito que la contiene, demuestra que ésta se propuso también contra la memorada sucesión.

b) Que expresando el artículo 1162 citado, que los legatarios no representan al testador, ni tienen más derechos que los que expresamente se le confieren, ello "se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos". Lo cual quiere decir, a su entender, que cuando sus derechos se hallan confundidos con otros bienes, o se han atribuido más de lo que les asigna el testamento, o se trata de adjudicarles mayor porción, en perjuicios de bienes indebidamente inventariados que corresponden a terceros, tal o tales legatarios deben responder en subsidio de los herederos, es decir, cuando no haya herederos universales, o cuando, como en el presente problema, el heredero se encuentra inhibido de contestar la demanda, por haberse reunido en su persona la representación universal de las sucesiones de ambos cónyuges".

c) Al argumento expresado por el sentenciador de que, si bien el actor demostró ser subrogatario de uno de los herederos de la causante Gómez de Almeida, lo cual no es suficiente, porque bien hubieran podido reconocerse otros herederos, le hace el reparo de que tal hecho no le incumbía a él

establecerlo, y tocaba —dice— a la parte contraria demostrar la tesis positiva de que sí existían otros representantes de la herencia. Señala violado el artículo 1155 del C. C.

d) Al fundamento del fallo dependiente de que el demandado en el pleito, doctor Burbano, como sucesor de la legataria, carece también de interés como demandado, ya que lo adquirido por él es una cuota en la casa en comunidad, y que mientras no se liquide tal estado de indivisión, no se puede saber a cuál de los comuneros puedan corresponder las dos tiendas, le hace el reparo de que si el patrimonio del difunto se halla confundido con otra clase de bienes pertenecientes a otras personas, por razón de bienes propios o gananciales... se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios. Dice que, hallándose confundidos los bienes de la causante con los de su marido, a verificar la separación que ordena la ley, tiende su demanda, ya que en los inventarios de doña Benicia, se incluyeron las dos tiendas en cuestión, que no le pertenecen a la mortuoria, que son propiedad de la sociedad conyugal, cuyo haber social es independiente y se halla aún ilíquido.

e) Cita el artículo 1168 del C. C., que considera violado. Afirma que la señora testadora no tenía en las tiendas cuya exclusión demanda, sino una parte y que mal podía legar el total.

f) Designa también violados los artículos 669, 673 y 1008, inciso 3º del C. C., que hablan sobre el dominio de una cosa corporal, sobre los modos de adquirirlo, entre los cuales figura la sucesión por causa de muerte, sobre el título singular, cuando se sucede al difunto en una o más especies indeterminadas, de donde deduce que todo legatario emana su título de dominio del causante concretado en el testamento, dominio que se localiza en la especie legada; derecho e interés que sólo puede ejercerse alrededor de tal especie. Todo este razonamiento, para concluir que el legatario tiene la personería suficiente para responder de cualquier cargo que tienda a beneficiar o menoscabar su legado.

Sostiene que el legatario tiene interés en que figuren en los inventarios de la causante, aunque ilegalmente, los bienes de los cuales él es legatario.

Concluye afirmando que, de todo lo expuesto se deduce la legitimidad en causa por parte del legatario para afrontar el pleito en que se discute su legado.

Se considera:

La señora Benicia Gómez Jurado de Almeida,

al consignar en instrumento público su última voluntad, expresó lo siguiente:

“Declaro y es mi voluntad legar a mi sobrino señor José Eliseo Gómez Jurado la otra mitad del fundo “Vallejos”; y a mi esposo señor Guillermo Almeida, por sus gananciales y la cuarta de libre disposición con que lo mejoro, le asigno el fundo “Piedra Pintada” o “Cubiján” consistente en tres lotes de terreno que lo integran; el fundo denominado “Hato Viejo” y la mitad de esta casa que habito; y la otra mitad es mi voluntad legársela a mi sobrina Inesita Gómez Jurado; advirtiéndole que los arrendamientos o usufructos de esta mitad los tomará mi nombrado esposo durante toda la vida de éste”. (Página 11, Cuaderno No. 3).

El recurrente sostiene que en el legado de la casa, se incluyó una tienda situada en la planta baja, que adquirieron la causante y su esposo durante la existencia de la sociedad conyugal, y que el resto de lo legado sí pertenece a la testadora, señora de Almeida, lo cual lo llevó a pedir su exclusión para la sociedad conyugal de los mismos esposos Jurado y Almeida, que aún permanece sin liquidar, valiéndose de su carácter de subrogatario de los herederos de los consabidos cónyuges.

Dos soportes sustentan el fallo del Tribunal que hoy se revisa y que es materia del recurso:

a) Que pidiéndose la exclusión de un bien de los inventariados en la causa mortuoria de la señora de Almeida, ha debido demandarse a los herederos, quienes representan la sucesión, y no simplemente al cesionario de un legatario;

b) Que mientras no se verifique la correspondiente liquidación y partición de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal Gómez Jurado-Almeida, no se puede anticipar a qué comunero corresponderán los bienes cuya exclusión se pide de los dichos inventarios.

La Sala considera que, ante todo debe recordarse que la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges, entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes en una comunidad. Que es en el juicio de sucesión del cónyuge fallecido, dentro del cual se procede, en primer término, a liquidar tal sociedad para saber qué bienes pasan al patrimonio exclusivo del cónyuge muerto, representado por sus herederos o legatarios, y cuáles al supérstite.

Para efectuar la partición de bienes del difunto, es indispensable establecer de un modo preciso y determinado, cuál es el patrimonio que ha dejado. Si sus bienes no están confundidos con bienes pertenecientes a otras personas, no habrá difícil-

ad alguna, pues su caudal hereditario, hechas las deducciones correspondientes, será la materia de la partición. Pero el patrimonio del difunto puede estar confundido con bienes pertenecientes a otras personas, por razón de bienes propios o ganancias con su cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas u otro motivo cualquiera. En tal caso, como lo ordena el artículo 1398 del Código Civil, se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes, según las mismas reglas que se dan para la partición de la herencia.

El caso más frecuente es el contemplado en la confusión de patrimonios por razón de sociedad conyugal. Al fallecer uno de los cónyuges que vivía bajo el régimen de tal sociedad, su patrimonio aparece confundido con el patrimonio del cónyuge sobreviviente, y a fin de separar dichos patrimonios, es menester proceder a la operación previa denominada 'liquidación de la sociedad conyugal'.

Es verdad que las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo y que, en consecuencia, no deban entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, pero en el presente caso, el doctor Córdoba expresamente declara que el bien cuya exclusión de los inventarios de la señora de Almeida demanda, es de la sociedad conyugal, y sobre él tiene derecho la causante cuya mortuoria se liquida. Es, pues, en su juicio de sucesión donde se determinará, al efectuarse la liquidación de la sociedad conyugal, a quién corresponde la finca cuya exclusión se demanda.

Tiene razón el Tribunal, en cuanto declara que con la simple audiencia del legatario no se puede discutir la exclusión de bienes de los inventarios en una sucesión, porque son los herederos quienes representan la persona del testador para sucederla en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. (Artículo 1155 del C. C.).

Los legatarios no lo representan. (Artículo 1162 del Código Civil).

Por lo expuesto, se declara que no se han violado los preceptos sustantivos señalados.

### Sentencia

Por las razones que se acaban de estudiar, 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 Pasto, de fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, en el ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios, propuesto por el doctor Aníbal Córdoba contra el doctor César Burbano.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

**ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE LA REPARACION O CONSERVACION DE UN SERVICIO PUBLICO. — INCOMPTENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE CONTROVERSIAS**

1.—La justicia ordinaria carece por completo de competencia para conocer de demandas de indemnización de daños ocasionados con motivo de la reparación o conservación de un servicio público, pues es ésta una cuestión cuyo conocimiento y decisión están expresa y privativamente atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la observancia del procedimiento especial establecido en las leyes de la materia (artículos 34, ordinal 2º; 54, ordinal 7º y 261 a 270, de la ley 167 de 1941), las que han configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, que no sólo han sido sustraídas de la aplicación general del derecho común sobre responsabilidad civil, al darles una naturaleza esencialmente objetiva, sino también sacadas de la competencia de la justicia ordinaria, como así se anotó en sentencia de 3 de julio de 1948 (G. J. Tomo LXIV, página 690).

2.—El hecho de haber sido declarado admisible el recurso de casación no le da a la Corte una competencia de que por ministerio de la ley carece para considerar la providencia proferida por el Tribunal, puesto que las leyes que fijan la competencia y determinan el procedimiento son de orden público y no susceptibles de variaciones ni de acomodaciones a casos particulares y porque los jueces usurpan jurisdicción cuando la ejercen sin tenerla legalmente (artículo 148 del C. J.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo presentado personalmente el siete de febrero de 1944, Martín Cortés demandó al Municipio de Tunja para que se le declare responsable de los daños hechos en el inmueble de propiedad del actor, ubicado en dicha ciudad, en la calle 7ª, entre carreras 6ª y 8ª, alinderado como se expresa en la súplica primera de la demanda, y para que, en consecuencia se le condene a pagarle la indemnización correspondiente, más las costas del juicio.

Admitida y sustanciada la demanda, el Juez del conocimiento, que lo fue el 2º Civil del Circuito de Tunja, la decidió en sentencia de cinco de septiembre de 1945, por medio de la cual accedió a las súplicas demostradas, condenando a la entidad demandada a pagarle al actor la indemnización que corresponda a los daños causados en el inmueble y disponiendo que la cuantía de ellos se fijara con arreglo a lo estatuido en el artículo 553 del C. J. Resolvió, además, que no hay lugar a hacer la declaratoria de nulidad solicitada por el representante legal del municipio.

A éste se le concedió recurso de apelación, por cuyo motivo subió el proceso al Tribunal Superior de Tunja, en donde se le puso término a la segunda instancia en fallo de 22 de abril de 1947, que revocó el apelado y en su lugar absolvió al Municipio de todos los cargos que se le formularon en el libelo de demanda.

Esa decisión se fundamentó, en síntesis, en que el juzgador no encontró plenamente demostrada la relación de causalidad entre el daño ocasionado a la propiedad del actor y la actividad realizada, según la demanda, por la entidad demandada.

Al actor se le otorgó recurso de casación y en la oportunidad correspondiente lo sustentó, proponiendo, con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., varios cargos sobre quebranto de la ley sustantiva, tanto por violación directa como por interpretación errónea y aplicación indebida a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas. Todos estos cargos se enderezan por uno u otro camino a lograr la infirmación del fallo y la condena del demandado.

Pero la Corte se considera relevada de la obligación que le correspondería de estudiar las acusaciones del recurrente, en atención a la decisiva circunstancia que aquí se confronta, alegada expresamente por el opositor, de que la justicia ordinaria carece por completo de competencia para juzgar el asunto que es materia de la controversia, desde luego, que en ésta se persigue que una entidad de derecho público, como lo es el Municipio de Tunja, sea condenada a la indemnización de daños causados a una propiedad inmueble y que se dicen ocasionados con motivo de la reparación o conservación de un servicio público y esa es una cuestión cuyo conocimiento y decisión están expresa y privativamente atribuidos a la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante la observancia del procedimiento especial establecido en las leyes de la materia, (artículos 34, ordinal 2º; 54, ordinal 7º, y 261 a 270, de la ley 167 de 1941), las que han configurado en el campo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público, una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, que no sólo han sido sustraídas de la aplicación general del derecho común sobre responsabilidad civil, al darles una naturaleza esencialmente objetiva, sino también sacadas de la competencia de la justicia ordinaria, como así se anotó en sentencia de 3 de julio de 1948. (G. J., Tomo LXIV, pág. 690).

La demanda, que, como es sabido constituye la pauta obligada de toda sentencia, plantea a cabalidad en este proceso el caso especial y típico a que acaba de aludirse. En efecto, el actor, en los hechos que le sirven de fundamento, después de decir que la edificación que describe y alindera en la primera súplica la ha levantado sobre bases consistentes y con paredes fuertes, afirma lo siguiente: 4º—El Municipio de Tunja, hizo trabajos en la calle 7ª de esta ciudad, precisamente frente a mi edificación, trabajos consistentes en abrir grandes fosas para las Cámaras de Inspección en el alcantarillado para recoger las aguas lluvias y a consecuencia de estos trabajos el terreno cedió y el tubo del acueducto se torció o se rompió y el agua se infiltró en el interior de la casa, causando el asentamiento del andén, y las paredes se han agrietado; 5º—Por motivo del asentamiento de las paredes, el vencimiento de los tabiques y la plancha superior y el agrietamiento de las paredes, el inmueble se ha depreciado; los trabajos verificados en la calle 7ª en el sitio indicado, fueron ordenados por el Municipio de Tunja; 6º—Los daños enumerados y los que resulten en la edificación

de mi propiedad, provienen directamente y como consecuencia del asentamiento de la tierra ocasionada por la filtración del agua que sale del tubo dañado”.

Y en las consideraciones de derecho afirma el actor lo siguiente: “El Municipio de Tunja es Gerente del Servicio Público de Alcantarillado, y en la reparación de ese alcantarillado se ejecutó el hecho que está causando los daños anotados. Conforme a doctrina sentada por los tribunales, son trabajos públicos todas las operaciones de construcción, arreglo y conservación de un inmueble, por cuenta de una persona moral administrativa y en mira de un fin de utilidad general o social”.

Si todavía, fuera del claro y obligado planteamiento de la demanda se requiriera una razón más en apoyo de lo que se viene diciendo, habría que anotar que el demandante pidió el 15 de octubre de 1943 que el Juez 1º Civil del Circuito de Tunja practicara, en asocio de peritos y con intervención del personero de dicho municipio, una inspección ocular extrajuicio, (folios 1. a 4, cuaderno No. 1), para que se constatará si el Municipio estaba en ese entonces ejecutando actos de reparación del alcantarillado frente a la edificación del actor; si a consecuencia de estos trabajos cedió el terreno, se rompió un tubo del acueducto, produciéndose la salida del agua, el reblandecimiento del terreno, y ocasionándose así daños en su edificación. En la diligencia de inspección ocular se constató que frente a la casa del actor “se encuentran trabajos de perforación para la construcción de cámaras de inspección para recoger las aguas lluvias en el alcantarillado de esta ciudad. Que, además, en la tubería que conduce el agua del acueducto hay trabajos de perforación o escabación para la reparación de la tubería de ese acueducto; que en el punto de unión de la tubería sale el agua constantemente al pie del andén de la casa, andén que se encuentra consumido o cuarteado, tubos y unión que se encuentran a descubierto y a la vista del público; en cuanto a los daños que como consecuencia de la infiltración que sale del tubo frente a la casa, será materia del dictamen de los señores peritos”. Estos coinciden en atribuir los daños encontrados en el inmueble del demandante, ya directa ora indirectamente, a las obras o trabajos que llevaba a cabo el Municipio.

Y esto mismo lo sostuvo el actor en el alegato de primera instancia, del cual es el siguiente pasaje: “En el problema que nos ocupa, los daños fueron causados en mi propiedad no precisamente

por causa de ocupación, sino en desarrollo de trabajos públicos ordenados por el Municipio”.

Se ve, pues, por las precedentes transcripciones, que resulta indiscutible que la causalidad del daño cuya indemnización se persigue en el presente pleito se vincula directamente al proceso de reparación o reconstrucción de la obra pública del alcantarillado municipal de Tunja, y esa es una cuestión de competencia privativa de la jurisdicción contencioso administrativa, al tenor de lo prescrito en los artículos 54, numeral 7º, y 261 a 270 de la ley 167 de 1941.

En sentencia de 27 de septiembre de 1947, (Tomo LXIII, páginas 281 y siguientes), proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte, que fue acogida y en parte reproducida por esta Sala en la suya de 3 de julio de 1948 (LXIV, páginas 691 y siguientes), se estudió detenidamente la noción jurídica de trabajo público; se determinaron los elementos que la integran, y en relación con la competencia privativa que le asiste a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de querrelas de la índole mencionada se dijo lo siguiente, que hoy también se prohija y se copia:

“En primer lugar habrán 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, originadas una u otro, en trabajos públicos que se emprenden o ejecutan por cuenta del Estado o de otras personas administrativas (artículos 34, ordinal 2º; 54, ordinal 7º, y 261 a 270 del Código de lo Contencioso Administrativo). Las demás cuestiones a que dan 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 conocimiento de perjuicios 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.

“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 acupación de una propiedad o daño de la misma en cuanto ocurrir en el transcurso de los trabajos públicos, entendiéndose por estos el conjunto de operaciones materiales realizadas por los agentes administrativos para la construcción, reparación o conservación de una obra pública o de interés general. De donde se desprende que los daños causados por una obra pública —o sea el resultado de un trabajo público concluido— 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 ante la jurisdicción administrativa, la cual conserva la competencia privativa de la querrela, porque se trata de un contencioso de trabajos públicos; en cambio si una locomotora del mismo ferrocarril ya construido produce un incendio en la zona privada que atraviesa o por defecto de la construcción de la vía acaece el 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”.

Sentado lo anterior es pertinente observar que la circunstancia de que en el presente caso se hubiere declarado admisible el recurso de casación no le da a la Corte, como es obvio, una competencia de que por ministerio de la ley carece para considerar la providencia proferida por el Tribunal, puesto que las leyes que fijan la competencia y determinan el procedimiento son de orden público y no susceptibles de variaciones ni de acomodaciones a casos particulares y porque los jueces usurpan jurisdicción cuando la ejercen sin tenerla legalmente (artículo 148 del C. J.). “De ahí por qué —ha dicho esta Sala— la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. El procedimiento mal elegido es siempre camino legalmente inconducente, y la providencia que se profiera, aunque tenga, como en este caso, la condición formal de sentencia en juicio ordinario, no es tal en realidad por ser la culminación de un proceso ilegal”. (G. J., Tomo XLIII, página 627). Y ese principio de que la simple tramitación

equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia para los efectos del recurso de casación. Ha sido doctrina constante de la Corte, como puede verse, fuera de las ya citadas, en sentencias de 8 de septiembre de 1937 (G. J., Tomo XLI, página 747), 31 de marzo de 1940 (G. J., Tomo XLIX, páginas 504 a 510), 17 de agosto de 1943 (G. J., Tomo LVI, páginas 53 a 57), y 30 de junio de 1947 (G. J., Tomo LXII, páginas 502 y 503). En todos estos casos se ha llegado a declarar ya la nulidad del proceso, cuando ésta ha sido debidamente alegada por el recurrente como causal de casación, u otra la incompetencia de la Corte para revisar la sentencia recurrida. En esta oportunidad corresponde acoger y seguir esta última solución, por no ser posible la primera, en atención a las circunstancias que se confrontan.

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, resuelve:

No es susceptible de ser considerada en casación, por falta de competencia de la Corte, la resolución judicial de fecha veinte y dos de abril de mil novecientos cuarenta y siete, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el presente juicio seguido por Martín Cortés contra el Municipio de Tunja.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

## ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — LEGITIMACION PARA OBRAR

Que es el interés la medida de las acciones, constituye uno de los aforismos tradicionales en la teoría del proceso, aún desde los puntos de vista más empíricos; ese interés sistematizado y discriminado por los expositores modernos como un fenómeno de contornos propios y de sentido inequívoco es lo que se llama hoy comúnmente legitimación para obrar.

El primero de los elementos concurrentes a la integración de esa figura es la relación o coincidencia entre el hecho y la norma jurídica de donde resulta que cuando el actor está determinando, conforme al artículo 205 del C. J., "los hechos u omisiones", apenas está planteando su posición personal para enfrentarla a un precepto regulador de aquélla y cuya operancia se busca mediante la demanda judicial; es éste el título de la acción llamado también CAUSA PETENDI.

La simple relación específica entre un hecho y la ley no basta a la justicia para ponerse en movimiento; ha de ser estimulada por quien se halla concreta y exclusivamente en la situación subjetiva salvo el caso de que el ordenamiento jurídico atribuya a otras personas, mediante el ejercicio de acciones populares, o a través de casos análogos, la posibilidad de buscar la tutela jurisdiccional de un derecho privado ya por estar especialmente protegido, como es el caso de los artículos 10 y 12 de la ley 45 de 1936, ya por estar interesado en las resultas de la acción todo un ambiente o medio jurídico de lo que es ejemplo el artículo 1005 del C. C.

Aparte de circunstancias excepcionales como las que se dejan aludidas la legitimación para obrar reside en el sujeto de derecho que es titular de la relación sustancial controvertida.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué Laura Rojas de Sánchez demandó a Marco A. Rojas, Marco T. Susunaga y Juan Ruiz para que se declare la nulidad del contrato que se hizo constar en escritura pública número ciento ochenta y tres (183) otorgada el diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941) en la Notaría Primera de Rovira, por ser simulado, según la actora, y por adolecer dicho instrumento de vicios que lo hacen inútil e inválido; la indicada escritura recogió una compraventa pactada entre Cayetano Rojas Luna como vendedor, y Marco Tulio Susunaga y Evangelina Acosta de Rojas, como compradores, relativa a varios inmuebles individualizados en la demanda, ubicados todos en la fracción de Santa Rosa, Municipio de El Valle. Además de esta súplica de nulidad se formula una de condena a cargo del mismo Susunaga por las cantidades de cincuenta pesos, "con que garantizó el cumplimiento de los deberes de secuestre para que fue designado su fiado Cenón Guzmán", y de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) "valor de cuatro tablonces de caña y su producido y también el valor de las zocas. Todo lo cual se perdió por descuido y negligencia del secuestre Guzmán, fiado de Susunaga". Por último se ejerce en la misma demanda una acción de condena contra los tres demandados por razón de "los daños y el perjuicio que me han causado por motivo de las derrivas (sic) y desmontes que de manera violenta ejecutaron por sí con peones en el globo de terreno denominado El Porvenir, de que estoy en posesión por más de trece años".

Estas peticiones se sostienen en la relación de siete hechos cuya síntesis es: la falta de pago del precio relativo a la compraventa cuya nulidad se pide porque tal contrato "no era legal ni efectivo sino supuesto, fingido, simulado"; que la escritura correspondiente se registró después de la muerte de Cayetano Rojas y que no se otorgó ante la Notaría de Ibagué sino en la de Rovira, siendo así que "éste último no tiene facultad legal para autorizar escrituras que contengan contratos de

la monta y sus funciones son limitadas, para efectos de relativa brevedad, cuya cuantía por pena excusa la traslación a la cabecera del Circuito de Notaría que lo es Ibagué; y como se otorgó ante el Notario de Rovira el acto quedó viciado nulidad y es ineficaz"; que el dicho instrumento contiene irregularidades de forma que lo hacen nulo"; que el demandado Susunaga se consiguó fiador de Cenón Guzmán, secuestre designado en el juicio ejecutivo de Cayetano Rojas contra Isaac Sánchez; que los bienes embargados en las diligencias no eran de Sánchez sino de la actual demandante, y, por último, que los tres demandados después de invadir el predio denominado "El Porvenir" derribaron árboles y cercas, ejecutaron otros destrozos aprovechándose de todo lo, a pesar de que la autoridad administrativa les ordenó suspender tales actos de perturbación.

El desenlace de éste pleito en las dos instancias fue desfavorable para la demandante pues el Juzgado, en fallo del quince de octubre de mil noventa y seis, absolvió a los demandados en lo que pedían, lo cual mantuvo el Tribunal al solucionar la apelación interpuesta por la actora contra tal providencia en la fechada el once de julio de mil noventa y siete.

Está al estudio de la Corte el recurso de casación que la parte vencida interpuso contra lo decidido en el segundo grado.

#### La sentencia recurrida

El Tribunal halló improcedentes las dos primeras peticiones de la demanda enderezadas contra el contrato de compraventa ya mencionado desde el punto de vista de su simulación, y de los vicios formales imputados al instrumento público en el que se recogió; respecto de la primera ante la total ausencia de pruebas, y en cuanto a la ineficacia de la escritura por ser baldía la tacha consistente en haberla autorizado el Notario de Rovira y no el de Ibagué, comoquiera que ambos están en capacidad legal de garantizar bajo la fe pública los contratos que pasen ante ellos sin discriminaciones de cuantía. Se agrega en la sentencia recurrida "que el mencionado contrato fue celebrado entre Cayetano Rojas Luna, Evangelina Acosta, Marco Tulio Susunaga, Marco A. Rojas, y que por ninguna parte aparece la demandante Laura Rojas como contratante ni como causahabiente a cualquier título de las personas que intervinieron en el contrato, forzoso es concluir con el Juez de la primera instancia, que carece de interés jurídico

para implorar esta súplica, que lógicamente se endereza a atacar un acto, en que ella no intervino, y que no aparece demostrado que la perjudique".

En cuanto a las demás súplicas relativas a los actos ejecutados por el secuestre Susunaga, cuyo fiador es el demandado Ruiz, y por las perturbaciones de éste, en unión de los otros dos demandados, en tierras de la actora, el Tribunal no halló prueba alguna de actos culpables por parte del dicho secuestre, ni de los perjuicios de que la demandante se queja, ni siquiera de la propiedad que ella afirma tener sobre el inmueble en donde se ejecutaron los actos invocados como fuente de la acción de condena.

#### El recurso

Contra la sentencia motivada como queda visto propone el recurrente varios cargos; de la confusa exposición relativa a los que tienden a impugnar la solución de las dos primeras peticiones de la demanda se examinará en primer término la queja dirigida al desconocimiento, por parte del Tribunal, de interés jurídico suficiente en la actora para formular tales pretensiones; es obvio que si éste fundamento de la sentencia recurrida no se abate, será superfluo el estudio de los cargos restantes en cuanto a las mismas súplicas pues en la hipótesis de que fueran viables el fallo continuaría sostenido en tan poderosa razón.

Ya se vio que el Juzgador de segunda instancia, para descalificar el interés de la demandante, tuvo en cuenta que Laura Rojas no intervino como contratante en la convención de cuya nulidad se trata, ni es a cualquier título causahabiente de alguno de los contratantes; a este reparo opone el recurrente lo que sigue: "Desconoce pues, el Tribunal que la copia de la escritura número 27 citada, debidamente registrada, venida a los autos en la forma legal constituye la prueba del hecho mencionado en la escritura número 183 también citada, de donde se desprende el derecho que tiene Laura Rojas como hija legítima de los vendedores Cayetano Rojas y Evangelina Acosta para pedir la nulidad del instrumento citado. El artículo 2º de la ley 50 de 1936 da acción a cualquier persona que tenga interés en ello, para pedir que se declare la nulidad y el Juez puede y debe declararla, aún sin petición de parte. Al negar el Tribunal la súplica primera del libelo, desconoció a Laura Rojas el derecho para pedir la nulidad, y violó directamente la ley sustantiva".

Se considera:

Que es el interés la medida de las acciones, constituye uno de los aforismos tradicionales en la teoría del proceso, aún desde los puntos de vista más empíricos; ese interés sistematizado y discriminado por los expositores modernos como un fenómeno jurídico de contornos propios y de sentido inequívoco es lo que se llama hoy comúnmente legitimación para obrar.

El primero de los elementos concurrentes a la integración de esa figura es la relación o coincidencia entre el hecho y la norma jurídica de donde resulta que cuando el actor está determinando, conforme al artículo 205 del C. J., "los hechos u omisiones", apenas está planteando su posición personal para enfrentarla a un precepto regulador de aquélla y cuya operancia se busca mediante la demanda judicial; es este el título de la acción llamado también *causa petendi*. . . . .

La simple relación específica entre un hecho y la ley no basta a la justicia para ponerse en movimiento; ha de ser estimulada por quien se halla concreta y exclusivamente en la situación subjetiva salvo el caso de que el ordenamiento jurídico atribuya a otras personas, mediante el ejercicio de acciones populares, o a través de cauces análogos, la posibilidad de buscar la tutela jurisdiccional de un derecho privado ya por estar especialmente protegido, como es el caso de los artículos 10 y 12 de la ley 45 de 1936, ya por estar interesado en las resultas de la acción todo un ambiente o medio jurídico de lo que es ejemplo el artículo 1005<sup>2</sup> del C. C.

Aparte de circunstancias excepcionales como las que se dejan aludidas la legitimación para obrar reside en el sujeto de derecho que es titular de la relación sustancial controvertida.

Procedió, en consecuencia, rectamente el Tribunal cuando investigó si Laura Rojas de Sánchez pactó la compraventa a cuya anulación aspira, o si está identificada jurídicamente con alguno de los contratantes, o si siendo tercero halló menoscabado o desconocido algún derecho suyo por razón del dicho contrato. No bastaba ciertamente para la prosperidad de la acción que aquél fuera simulado; era imprescindible destacar si estando ese hecho relacionado en verdad con una norma general, había dado lugar a la creación de un estado subjetivo contradictorio de la ley, y si la demandante estaba o no colocada en esa situación.

En los hechos de la demanda no se relacionan los que conformen la posición personal de la demandante en frente del contrato que ataca, dentro de las escasas pruebas por ella producidas se encuentra alguna que aunque desvinculada su necesario antecedente en el libelo, denuncie la parte actora el propósito de oponer un interés concreto a la solidez del dicho vínculo contractual. Sólo en la demanda de casación refiere el recurrente, como ya se vio, que su gestión busca origen en el lazo de filiación legítima con Cayeta Rojas y Evangelina Agosta.

Las breves nociones que se dejan expuestas, la verdad formal acreditada en el proceso, demuestran que el Tribunal no anduvo errado al desconocer en Laura Rojas el poder jurídico suficiente para enervar la vigencia y firmeza del contrato tantas veces nombrado.

Sus cargos, en consecuencia, no pueden prosperar.

En cuanto a las súplicas restantes se formuló también confusamente, un cargo de error de hecho en la apreciación de las copias traídas al informativo y tomadas de un juicio administrativo anterior; esta queja se plantea sin concordarla con el precepto sustancial alguno, lo que basta para desestimarla; además es inexacto que el Tribunal no apreciara tal probanza, sólo que no vio en ella, no podía ver, la prueba de los perjuicios a cuyo resarcimiento aspira la demandante.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, o sea la que profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el once de julio de mil novecientos cuarenta y siete.

Sin costas por no aparecer causadas.

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

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

**ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA SUSTANTIVA Y ADJETIVA. — DIFERENTES CARACTERISTICAS Y CONSECUENCIAS JURIDICAS DE UNA Y OTRA. — INDEPENDENCIA DE LA LEGISLACION CANONICA Y LA CIVIL**

1.—Es bien sabido que las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión rituaría, como la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento.

Así lo sostuvo ya en otra ocasión la Corte (G. J., XLVI, página 557).

2.—En ninguna forma hiere la declaratoria de nulidad de la compraventa de una finca que estaba fuera del comercio por embargo vigente la independencia de las legislaciones canónica y civil ni el solemne respeto que a la primera deben las autoridades de la República, ni se desconoce la representación de la Iglesia por su legítima autoridad jerárquica como verdadera persona jurídica con capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden, ni la facultad de constituir y establecer en Colombia órdenes y asociaciones religiosas con sus constituciones propias, con la autorización canónica de la superioridad eclesiástica. El hecho de que la legislación canónica sea independiente de la civil y no forme parte de ésta no quiere significar que los contratos civiles y las controversias de la Iglesia con los particulares sobre sus efectos no estén sometidos al imperio exclusivo de las leyes civiles.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamañca)

En libelo de fecha 28 de junio de 1943, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja, Ramón, José Antonio, Gabrielina y María Teresa Prieto y María de Jesús Acuña de Prieto, por medio de apoderado, demandaron "al Rvdo. P. Fr. Alberto E. Ariza, Provincial de los Padres Dominicanos en la Provincia de San Antonino de Colombia y Venezuela, en su condición o calidad de representante de los PP. Dominicanos de Tunja", para que en sentencia definitiva de juicio ordinario se declare:

Que pertenece en propiedad a la sucesión de Ramón o José Ramón Prieto, representada por sus herederos legítimos, el terreno rural con sus casas de teja y paja, denominado antes El Curubal, hoy Baeza, ubicado en la vereda de Casablanca, de la jurisdicción municipal de Tunja, alinderado así:

.....  
Que es legalmente inexistente y sin ningún valor el contrato contenido en la escritura pública número 459 del 26 de julio de 1926, de la Notaría 2ª de Tunja, por medio del cual Ramón o José Prieto vendió a la comunidad de PP. Dominicanos de Tunja, representada por el Padre Fr. Enrique Báez, la finca de El Curubal o Baeza.

En defecto de la declaración anterior, que es absolutamente nulo el referido contrato.

Que la comunidad de PP. Dominicanos de Tunja, representada por el demandado, debe restituir a la sucesión de Prieto, el terreno indicado con sus frutos naturales y civiles desde el 26 de julio de 1926, o desde cuando determine la sentencia, y

Que la comunidad de PP. Dominicanos de Tunja, representada por el demandado, está obligada a pagar las costas del juicio.

De los hechos fundamentales de la demanda, solamente los marcados con las letras f) y g) se refieren a la causa o motivo de la nulidad alegada, consistente en que el día que se celebró el contrato de venta de la escritura 459, la finca vendida estaba fuera del comercio por virtud del embargo decretado por uno de los jueces municipales de Tunja en el juicio ejecutivo seguido por Marco

Tulio Villalobos contra Ramón o José Ramón Prieto. Los demás aluden a la celebración misma del contrato, a la muerte del vendedor Prieto y su sucesión por los demandantes y a la representación de la Comunidad de los PP. Dominicanos de Tunja por el Padre Fr. Alberto Ariza.

El Padre Ariza, aceptando expresamente y asumiendo la representación de la comunidad demandada, contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones impetradas por ser la mencionada comunidad legítima adquirente del inmueble y manifestando que negaba por no constarle el hecho del embargo.

De acuerdo con el artículo 208 del C. J. el demandante, en memorial de 25 de julio de 1944, enmendó su demanda adicionándola, como subsidiaria de las dos primeras, con la petición de que se declarara resuelto el contrato de venta de la finca Baeza por falta de pago total de su precio y se condenará a la comunidad compradora al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.

Agotada la tramitación legal, el Juzgado del Circuito, en sentencia del 5 de abril de 1946, declaró la nulidad absoluta del contrato de venta recogido en la escritura número 459 del 26 de julio de 1926, de la Notaría 2ª de Tunja, y consecuentemente condenó: a) A la Comunidad Dominicana de Tunja, representada por Fr. Alberto Ariza, a restituir a la sucesión de José Ramón Prieto, representada por sus herederos, la finca de El Curubal o Baeza con sus frutos a partir de la contestación de la demanda, y b) A la sucesión nombrada, representada como se dijo, a restituir a la Comunidad Dominicana de Tunja la cantidad de \$ 3.800.00 con los intereses legales "devengados desde el día 26 de julio de 1926 por \$ 2.000.00; desde el 17 de diciembre de 1926 por \$ 1.500.00, y desde el 22 de diciembre de 1926 por los restantes \$ 300.00 en la condición José Ramón Prieto L. de contratante vendedor de mala fe". Se ordenó la cancelación de la escritura contentiva del contrato y la de su inscripción en el registro público. Sin costas.

#### Sentencia acusada

Esta sentencia de primer grado fue confirmada en todas sus partes, con costas a cargo del apelante, en el fallo de 22 de abril de 1947 con que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja puso término a la segunda instancia promovida por apelación de la parte demandada.

Estimando el Tribunal que el alcance jurisdiccional del recurso, por virtud del asentimiento actor al fallo del Juzgado, quedaba reducido a cuestión de nulidad absoluta declarada en la sentencia, a este tópico circunscribió su estudio y concluyó en la solución confirmatoria por hallado, como la halló el Juez, fehacientemente establecida la invalidez demandada con base en ilicitud del objeto. "Plenamente demostrado —dijo el Tribunal— aparece en autos con la respectiva certificación de la oficina de registro visible los folios 8 del cuaderno 4º y 17 del cuaderno 5º y con la diligencia de inspección ocular visible al folio 4º del cuaderno 4º, lo mismo que con certificación que obra al folio 9º del cuaderno 5º en la cual el Juzgado 1º Civil Municipal de Tunja dice no poder afirmar si el embargo decretado por el ejecutivo de Marco T. Villalobos contra Ramón Prieto fue levantado, que cuando se otorgó la escritura número 459 del 26 de julio de 1926, de Notaría 2ª de Tunja, que recoge el contrato tachado de nulidad, el inmueble que fue objeto de enajenación estaba judicialmente embargado, embargo que se había registrado desde el 19 de octubre de 1908 y que se hallaba vigente... Proponiendo la petición sobre declaratoria de nulidad resulta inoficiosa la referente a la pertenencia del dominio que se afianza en aquélla, ya que del decreto de nulidad emanan todos los efectos que son propios y que señala el artículo 1746 del C. J. dando a las partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo".

#### El recurso

Se decide hoy el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada, que lo ha fundado con invocación de las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del C. J. Por referirse a la estabilidad y validez de la actuación procesal conviene comenzar por la última.

**Causal sexta.**—"El fallo del Tribunal de Tunja —dice el recurrente— incurrió en la causal de nulidad de que tratan los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. J. En efecto, la ilegitimidad de la personería del demandado se demostró: con la copia de la escritura número 3249 de 26 de diciembre de 1941, de la Notaría 2ª de Bogotá, llevada a los autos como ordena la ley, por la cual la sociedad denominada Fondo Dotal Americano para Educación, vendió al Padre Fr. Alberto Ariza quien compró, no para la Comunidad Dominicana

de Tunja, que es la entidad demandada, sino para la Provincia de San Antonino de Colombia, de que era Provincial y representante, persona jurídica esta completamente diferente de la demandada; y 2º Con los textos canónicos y los artículos de las constituciones propias de la Orden Dominicana, que fueron llevadas al H. Tribunal oportunamente y en la forma indicada en el artículo 659 del C. J., y con los cuales se demostró plenamente cómo la Comunidad Dominicana de Tunja y la Provincia de San Antonino de Colombia son dos personas jurídicas diferentes y cómo por la mala interpretación dada a tales textos y su no aplicación, por el H. Tribunal de Tunja, se llegó al absurdo jurídico de condenar por sentencia a Pedro a restituir una cosa de que no es dueño y cuya propiedad y posesión inscrita pertenece a Juan... Al representante de la Comunidad Dominicana de Tunja, que es su síndico o procurador no se le ha citado ni emplazado para que comparezca en el juicio seguido por los herederos de José Ramón Prieto... La sentencia viola el artículo 343 del C. J. porque la excepción perentoria propuesta, alegada y probada, obligaba al H. Tribunal a fallar en consonancia con ella, declarando nulo lo actuado, por no haberse llevado el juicio con el verdadero representante de la entidad demandada".

Se considera:

"Es bien sabido que las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión ritual, como es la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento". (G. J., XLVI, página 557).

Adviértese confusión e indebida involucración de estas dos ideas en la acusación del recurrente, que al plantearla dentro de la causal sexta fuerza su consideración como caso de personería adjetiva que es la que puede culminar en nulidad procedimental, a la vez que por las razones que aduce, vinculadas a la procedencia y legalidad de la condena, parece referirse más bien al presupuesto procesal de la legitimación en causa o ca-

pacidad de ser parte. Con este último significado ha sido ampliamente considerada en el juicio la cuestión propuesta por el demandado al establecerse las bases de la litis y consistente en que siendo la Comunidad Dominicana tercera poseedora material e inscrita del fundo de El Curubal o Baeza a que se refiere la demanda de nulidad, por haberla comprado a la Sociedad Fondo Dotal Americano para Educación según escritura número 3294 del 26 de diciembre de 1941, de la Notaría 2ª de Bogotá, contra ella no proceden los pedimentos de la demanda. Este punto sustancial del litigio fue tratado por el Tribunal y resuelto en el sentido de que el actual dominio de la finca, a que se refiere la escritura número 3249, no es cuestión que incida en la resolución de un problema de nulidad de un contrato distinto, como es el que contiene la escritura 459. Esta defensa del demandado se apoya en que sobre la finca de Baeza se han celebrado varios contratos de venta así: La contenida en la escritura número 459 de 26 de julio de 1926, Notaría 2ª de Tunja, en que José Ramón Prieto la vendió a Fr. Enrique Baez quien compró para la Comunidad Dominicana de Tunja; la de que da cuenta la escritura número 1143 del 14 de junio de 1932, Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual el Padre Fr. Humberto Molano como Procurador de la Comunidad Religiosa de Dominicanos de la ciudad de Tunja, vendió el referido inmueble al Fondo Dotal Americano para Educación; la celebrada por medio de la escritura número 3294 de 26 de diciembre de 1941, Notaría 2ª de Bogotá, en que el Fondo Dotal Americano para Educación vendió la finca Baeza al Padre Alberto Ariza quien compró en su carácter de Provincial de los Padres Dominicanos.

El aspecto de la personería adjetiva, esto es, de la representación de la Comunidad Dominicana por el Padre Fr. Alberto E. Ariza en este juicio, también fue objeto de detenido estudio por parte del Tribunal, que no halló ninguna deficiencia al respecto. Esta solución está abonada por las reiteradas y categóricas manifestaciones hechas por el Padre Ariza en el sentido de aceptar y asumir la representación de la Comunidad demandada, en forma que resulta claramente de los autos que él ha llevado legalmente la defensa judicial de los derechos de la asociación religiosa. El Padre Ariza, demandado como representante de los Padres Dominicanos de Tunja, no obstante que propuso excepciones dilatorias, no sólo no alegó ilegitimidad de su personería, sino que expresamente aceptó ser el representante de la parte demandada.

y en esa calidad confirió poder para el juicio. Personalmente contestó la demanda y aceptó los hechos en que se afirma que es el representante de la Comunidad Dominicana, así por ejemplo el hecho c):

“El Reverendo Padre Fr. Alberto E. Ariza, en su condición de representante de los PP. Dominicanos de Tunja, pidió y obtuvo el levantamiento del secuestro del inmueble alinderado en la primera declaración en el juicio de sucesión de José Ramón Prieto en el Juzgado 1º del Circuito de Tunja, estando secuestrado el terreno como de propiedad de la sucesión”. Contestó: Es cierto. Y así en los marcados con las letras d) y e), en que se afirma que el Padre Ariza representa la Comunidad demandada.

Todo esto de la incapacidad procesal del demandado se originó en la circunstancia insignificante de que en el escrito en que el actor adicionó su demanda dijo que se refería al juicio que cursaba contra la **Compañía Dominicana**. El apoderado del Padre Ariza, al contestar el traslado de la enmienda, dice: “Principio por manifestar a usted que el Reverendo Padre Fray Alberto Ariza, no es representante de ninguna **Compañía Dominicana**, sino de la **Comunidad Dominicana**, en su condición de Provincial de dicha Comunidad y que por lo tanto tal enmienda está mal dirigida”. Y luego agrega: “La Comunidad Dominicana, representada por el Reverendo Padre Alberto Ariza, es en la actualidad tercera poseedora material e inscrita del terreno denominado antes El Curubal y hoy Baeza.... Propongo también la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado, ya que el Reverendo Padre Fray Alberto E. Ariza, no es representante legal de la **Compañía Dominicana**, ni para tal entidad o persona jurídica adquirió el terreno El Curubal el Padre Enríque Baez....”.

Admitida y ejercida, como queda visto, por el Padre Ariza la representación de la Comunidad Dominicana demandada, en cuyo desempeño contestó la demanda y confirió poder, y acreditado, además, con la certificación del Excmo. Obispo de la Diócesis de Tunja, que el mencionado Padre es Superior Provincial de la Provincia de San Antonino de la Orden Dominicana en Colombia y su representante legal en cuya condición, como se vio, intervino judicialmente para obtener el levantamiento del secuestro de Baeza en el sucesorio de Prieto, no hay razón alguna para hallar en su intervención en este juicio irregularidad capaz de determinar la invalidación de lo actuado. No se

compagina, por otra parte, con las reglas y principios legales de la representación en juicio la actitud del apoderado judicial del representante de la parte demandada, que se ha empeñado en negar irregularmente la representación legal que corresponde a su poderdante, expresamente aceptado por éste y en cuyo ejercicio le ha conferido el mandato.

Lo dicho sirve también para negar la ocurrencia de la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 448 del C. J., por falta de citación o emplazamiento de la persona que ha debido ser llamada al juicio, porque, como se dejó visto, la demandada Comunidad de los Padres Dominicanos de Tunja, que ha sido la parte demandada, fue notificada en debida forma en la persona de su representante legal.

Es infundada, según lo visto, la acusación por la causal sexta.

**Causal primera.**—Por violación indirecta de ley sustantiva se formulan contra la sentencia recurrida los cargos que extractados y ordenados se enuncian así:

a) La sentencia del Tribunal no respetó, ni aplicó, ni interpretó acertadamente los Cánones ni las Constituciones propias de la Orden Dominicana que traducidos y autenticados por el Ordinario se trajeron a la segunda instancia, con los cuales se estableció que el Convento de Dominicanos de Tunja, para quien vendió José Ramón Prieto por la escritura número 459, es una persona jurídica diferente de la Provincia de San Antonino, dueña hoy del inmueble de Baeza en virtud de compra hecha a una compañía extranjera, como se ve de la escritura número 3249, mal apreciada también. Este error en la apreciación correcta de las pruebas llevó al sentenciador a condenar a restituir la finca a quien no era dueño cuando se inició el juicio ni poseedor de ella, por lo cual violó los artículos 16 de la ley 153 de 1887; 3º, 4º, 5º y 10 de la ley 35 de 1888; 946 y 952 del C. C.; 42 de la ley 95 de 1890, esta última porque en relación con la escritura número 3249 de 26 de diciembre de 1941, de la Notaría 2ª de Bogotá, en virtud de la cual la propietaria de Baeza es hoy la Provincia de San Antonino de Colombia, vendedor y comprador son personas distintas de la ejecutada en el juicio en que se decretó el embargo en que se funda la nulidad declarada.

Se considera:

La falta de correlación entre los reparos que formula el recurrente y los temas y razones fundamentales de la sentencia que acusa produce cier-

a dificultad en el tratamiento del cargo. Conviene por esto recordar que, por haber consentido el actor la sentencia del primer grado, la materia de juicio quedó exclusivamente reducida a la demanda de nulidad absoluta por objeto ilícito (embargo vigente) del contrato contenido en la escritura pública número 459 del 26 de julio de 1926, de la Notaría 2ª de Tunja, por medio del cual José Ramón Prieto vendió a la Comunidad de los Padres Dominicanos de Tunja el fundo Curubal o Baeza, nulidad declarada al tenor de lo pedido, en la sentencia del Juzgado confirmada por la del Tribunal, y que las restituciones recíprocas decretadas en ese fallo son consecuencia de la nulidad declarada en virtud del derecho que tal fenómeno da a las partes para ser restablecidas al estado anterior.

En relación con este temario y sus fundamentos que es la labor que compete a la Corte se examina la violación de los textos que cita el recurrente:

La disposición de la ley 153 de 1887 y las de la ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato de la Santa Sede, versan sobre materias tan extrañas a las controvertidas en este juicio que no se ve la manera cómo el Tribunal haya podido incurrir en su quebranto. En ninguna forma hiere la declaratoria de nulidad de la compraventa de una finca que estaba fuera del comercio por embargo vigente la independencia de las legislaciones canónica y civil ni el solemne respeto que a la primera deben las autoridades de la República, ni se desconoce la representación de la Iglesia por su legítima autoridad jerárquica como verdadera persona jurídica con capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden, ni la facultad de constituir y establecer en Colombia órdenes y asociaciones religiosas con sus constituciones propias, con la autorización canónica de la superioridad eclesiástica. El hecho de que la legislación canónica sea independiente de la civil y no forme parte de ésta no quiere significar que los contratos civiles y las controversias de la Iglesia con los particulares sobre sus efectos no estén sometidos al imperio exclusivo de las leyes civiles.

De la misma falta de pertinencia se resiente la cita de los artículos 946 y 952 del C. C., referentes a la acción de dominio, porque la decidida en la sentencia que se acusa no es la acción reivindicatoria directa y principal que compete al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, sino una acción de nulidad contractual que ha originado por ministerio de la ley y como con-

secuencia jurídica, obvia y natural la restauración del estado en que se hallarían las partes contratantes si no hubiese existido el contrato nulo. La restitución, pues, a que alude el recurrente, nada tiene que ver con la acción reivindicatoria sino que es consecuencial de la nulidad pronunciada en sentencia judicial.

Tampoco es procedente como consecuencial de errada interpretación de los Cánones y Constituciones de la Orden Dominicana el cargo de violación del artículo 43 de la ley 57 de 1887 que prohíbe el Registrador de I. P. y P. inscribir la escritura de enajenación cuando aparezca registrado el auto que ordena el embargo, pero sin que se extienda tal prohibición (42 de la ley 95 de 1890) al caso de que la enajenación sea hecha por persona distinta de la ejecutada, en relación con la cual no se considerará en litigio la cosa, porque este cargo, como se hace, vinculado al registro de la escritura pública No. 3249 del 26 de diciembre de 1941 nada tiene que ver con la nulidad de la compraventa celebrada por medio de la escritura número 459 de 26 de julio de 1926, a que se refieren la demanda y la sentencia, en que aparece vendiendo José Ramón Prieto, ejecutado en el juicio en que fue decretado el embargo de la finca Baeza, y quien en la persona de sus herederos, con su comprador, han sido las partes en este juicio de nulidad del contrato por ellos celebrado.

b) Al declarar la nulidad absoluta del contrato de venta contenido en la escritura número 459 de 26 de julio de 1926, violó el Tribunal el artículo 1521 del C. C. como consecuencia del error de derecho en que incurrió en la apreciación de los testimonios de Marco Tulio Villalobos, ejecutante de Prieto en el juicio ejecutivo en que se embargó la finca, y de su apoderado Daniel Jiménez, que prueban completamente que el acreedor consintió tácitamente en el registro de la citada escritura, porque ambos afirman que por haber pagado el deudor tan pronto como se le embargó el inmueble fue pedido y obtenido el levantamiento del embargo en el juicio que desapareció del Juzgado, no obstante lo cual y a pesar de haber tenido el Registrador de Tunja a la vista el acta de desembargo, no canceló su inscripción en el Registro, sino que se limitó a registrar la escritura de venta.

Considera la Sala;

Es de advertir en primer término que todas las consideraciones del recurrente en torno de este cargo enfocan exclusivamente el hecho de registro de la escritura número 459 con el propósito de defender de la legalidad y validez de tal acto cuan-

do la nulidad concretamente demandada y judicialmente declarada versa sobre el contrato de venta por haberse celebrado sobre cosa embargada, y la cancelación del registro fue ordenada simplemente como consecuencial. Obedece quizá esta divergencia, sobre la cual no asienta ninguna conclusión la Sala, a la tesis no autorizada por la jurisprudencia de la Corte, de que solamente la inscripción-tradición, por medio de la cual se enajena, es nula, y no el contrato de venta que sólo da nacimiento a obligaciones personales, cuando lo razonable en doctrina y evidente en el texto legal es que éste, en las condiciones dichas, está afectado de nulidad absoluta por objeto ilícito, pues no pueden venderse sino las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley y lo está la de las embargadas por decreto judicial (artículos 1521 y 1866 del C. C.).

Es incuestionablemente cierto que la finca de El Curubal o Baeza estaba judicialmente embargada a la fecha de celebración del contrato en que José Ramón Prieto la vendió a la Comunidad Dominicana de Tunja por medio de la escritura pública número 459 de la Notaría 2ª de Tunja. Este hecho no se controvierte. La tesis del recurrente es que a pesar del embargo no está afectado de ilicitud el objeto según el numeral 3º del artículo 1521 del C. C. porque el acreedor consintió tácitamente en el registro de la citada escritura, según se desprende de los testimonios de Marco Tulio Villalobos, acreedor ejecutante de Prieto, y de su apoderado Daniel Jiménez, sobre el hecho de que por haber pagado el deudor se pidió y obtuvo el levantamiento del embargo y la orden de su cancelación en el registro, desde el año de 1908.

Sin dejar de advertir que los hechos que plantea y ha tratado de probar el demandado no configuran exactamente el caso de consentimiento del acreedor sino más bien inexistencia sustancial del embargo por pago de la obligación cuya efectividad garantizaba, el rechazo de la acusación que se considera se basa en que carece de fundamento porque no existe el error de derecho en que la apoya. Los dos testimonios precitados no son coin-

cidentes sobre los hechos. Jiménez (folio 22, cuaderno 5), declara que por haber dirigido el juicio ejecutivo de Villalobos contra Prieto le consta y recuerda que el ejecutado pagó la suma que se le cobraba y que en virtud de este pago el Juez declaró terminado el juicio y ordenó la cancelación del embargo de la finca. La declaración de Villalobos sobre estos puntos no fue decretada por el Juzgado por haberse pedido fuera de tiempo (folio 7 vuelto, cuaderno 5); y la que rindió en segunda instancia (folio 9, cuaderno 8), versa sobre la verdad de haber suscrito y presentado al Juzgado 1º Municipal de Tunja un memorial el 12 de junio de 1945 en que manifiesta que por no haber llevado el deudor Prieto a la oficina de Registro la nota de desembargo de la finca en 1908 se cree en el deber de conciencia de pedir el levantamiento del embargo. Con base en esta solicitud, como consta del certificado del Registrador de Tunja que obra al folio 17 del cuaderno 7, se canceló el referido embargo el día 24 de julio de 1945. A la sola enunciación del contenido y alcance de esta prueba testifical se ve la falta de razón con que se aspira a hacerla prevalecer sobre lo que el Tribunal tuvo como plenamente probado a base de documentos públicos y auténticos como son los Certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 22 de abril de 1947, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

## RECURSO DE HECHO. — ALCANCE DE LAS NORMAS DEL DECRETO 1683 DE 1948 SOBRE RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES

El decreto número 1683 de 1948, dictado con ocasión del incendio que destruyó, casi en su totalidad, los procesos civiles que cursaban en el Tribunal Superior y en los Juzgados del Circuito de Bogotá, proveyó, por medio de normas extraordinarias y excepcionales a la reconstrucción de "los expedientes que estaban en curso a fin de facilitar la continuación de los juicios". Esta legislación de emergencia, como es natural y obvio, no tiene el poder de remediar completamente el estrago judicial que causó aquella calamidad pública. Sus efectos restauradores, como se desprende del contexto de sus disposiciones, no operan sino dentro del sector ordinario del procedimiento, sobre el desarrollo jurisdiccional de los grados, para que sobre los hechos en que las partes estuvieren de acuerdo o se probaren fehacientemente en las diligencias reconstructivas, declarados ciertos en auto del Juez o Magistrado que hubiere conocido últimamente del negocio, pudiera continuarse el procedimiento por las normas comunes a fin de que pudiera sentenciarse definitivamente en cualquier instancia. Pero casos como éste —en que el juicio estaba terminado con el sentenciamiento de segundo grado y pendiente sólo la concesión del recurso extraordinario de casación—, no cabe, por la propia naturaleza de las cosas, dentro de las posibilidades de reconstrucción, en la forma y con el alcance que se le ha dado. El mecanismo legal de la casación colombiana requiere la integridad procesal para la calificación jurídica de la legalidad del fallo acusado, que no puede hacerse a la vista de la sola sentencia, como en otras legislaciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia definitiva de segunda instancia, de fecha 8 de octubre de 1947, confirmó en todas sus partes la del Juzgado 8º Civil de este Circuito con que finalizó el juicio ordinario de reivindicación de un solar situado en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, seguido por Alfonso Prieto contra María Eufemia y Eliseo Cubillos; por medio de la cual fueron completamente absueltos los demandados. El Tribunal denegó el recurso de casación interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte demandante, por razón de haberse estimado por el actor la cuantía de su acción en más de mil pesos y en menos de dos mil. Pedida la reposición del auto negatorio e interpuesto en subsidio el recurso de hecho, el Tribunal sostuvo su negativa, por lo cual, con las copias legales correspondientes, el apoderado del actor ha recurrido de hecho ante la Corte.

En la debida oportunidad el Magistrado sustanciador presentó proyecto de resolución a la Sala con base en la tesis de que la fijación que el demandante hace de la cuantía de su acción, sin observación del demandado, es sólo para efectos de la competencia del Juez de instancia, y no puede entenderse, cuando no se fija en más de tres mil pesos, como una renuncia anticipada del recurso extraordinario de casación a que pudiere haber lugar. Desintegrada la Sala por impedimento de uno de sus Magistrados, sobrevino el empate con intervención del Conjuez correspondiente, por lo cual fue preciso sortear uno más para dirimirlo.

Mientras se surtieron estos trámites ocurrió el incendio del Palacio de Justicia en que desapareció, según informe del Presidente del Tribunal, el expediente del juicio ordinario a que se refiere el recurso de hecho de que se trata, por lo cual, considerando que éste había quedado totalmente sin objeto, se ordenó archivar estas diligencias. El auto en que tal se dispuso fue reformado a pedimento del recurrente quien manifestó que había pedido la reconstrucción del proceso de acuerdo con el Decreto extraordinario número 1683 de 19 de mayo de 1948, en el sentido de que permaneciera el expediente en la Secretaría de la Corte hasta saber

si la referida reconstrucción da base para resolver el recurso de hecho.

Ya está agregado a las diligencias, en copia auténtica, el auto en que culminó el proceso de reconstrucción del ordinario de Alfonso Prieto contra Eufemia y Eliseo Cubillos, suscrito sólo por el Magistrado que fue sustanciador en la segunda instancia del referido juicio en que ya se había proferido sentencia definitiva en la Sala de Decisión. A la vista de esta providencia, la Sala de Casación Civil comprende la inconducencia de replantear las tesis de la cuantía en que se fundaba la anterior solución porque los resultados de la reconstrucción procesal no le han devuelto al recurso de hecho pendiente el objeto y la utilidad de que lo privó completamente la destrucción del expediente original. En otras palabras, porque la reconstrucción, en este caso, no puede dar base para el recurso de casación, única consecuencia posible del recurso de hecho.

Aparece, en efecto, del auto del Tribunal que el peticionario de la reconstrucción no adujo con su solicitud documento alguno, y que en el término de pruebas correspondiente no se produjo ninguna de modo que la declaración contenida en esa providencia no tiene más base ni apoyo que las manifestaciones hechas por las partes sobre el desarrollo del procedimiento de las instancias. El proceso **reconstruido** se reduce, pues, al auto del Magistrado en el cual, a base de confrontación de las afirmaciones del demandante de la reconstrucción con las del representante de los demandados, declara ciertos los siguientes hechos relacionados en los puntos que enumera y en que coincidieron las partes: que Alfonso Prieto inició ante el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá el juicio ordinario reivindicatorio a que se ha hecho referencia; que en él se nombró curador *ad litem* a los demandados quien contestó la demanda "en términos en que se limita a ignorar la existencia de los hechos fundamentales de la acción entablada, solicitando que el demandante los acredite"; que las dos sentencias de instancia fueron absolutorias, que contra el fallo de segundo grado interpuso el demandante Prieto recurso de casación, que le fue negado por razón de la cuantía; que su apoderado pidió reposición de este auto y en subsidio interpuso recurso de hecho; que negada la reposición, se ordenó expedir y se entregó al recurrente copia de la sentencia de segunda instancia, como era de rigor, para recurrir de hecho ante la Corte, y que en este estado se hallaba el juicio precitado el día 9 de abril de 1948, fecha en que se destruyó

el respectivo expediente en el incendio del Palacio de Justicia.

Esto es todo, y desde luego es nada para los efectos del recurso de casación a que se aspira llegar por el de hecho. Ya está dicho que la reconstrucción en el caso de estudio se reduce a la providencia en que declaran ciertos unos hechos insignificantes e inútiles para los efectos de la casación, y apenas hay que añadir que el auto referido no da piso a este recurso extraordinario porque sobre ese completo inventario de vacíos no se puede hacer el examen jurídico del negocio para deducir si la ley no fue rectamente aplicada sobre la base de hecho del proceso que a pesar de todo sigue destruido, porque para los efectos que se están considerando es imposible tenerlo por reconstruido por el sólo hecho de haberse transformado en una providencia en que se consigna una serie de recuerdos procesales.

El Decreto número 1683 de 1948, dictado con ocasión del incendio que destruyó, casi en su totalidad, los procesos civiles que cursaban en el Tribunal Superior y en los Juzgados del Circuito, proveyó, por medio de normas extraordinarias y excepcionales a la reconstrucción de "los expedientes que estaban en curso a fin de facilitar la continuación de los juicios". Esta legislación de emergencia, como es natural y obvio, no tiene el poder de remediar completamente el estrago judicial que causó aquella calamidad pública. Sus efectos restauradores, como se desprende del contexto de sus disposiciones, no operan sino dentro del sector ordinario del procedimiento, sobre el desarrollo jurisdiccional de los grados, para que sobre los hechos en que las partes estuvieren de acuerdo o se probaren fehacientemente en las diligencias reconstructivas, declarados ciertos en auto del Juez o Magistrado que hubiere conocido últimamente del negocio, pudiera continuarse el procedimiento por las normas comunes a fin de que pudiera sentenciarse definitivamente en cualquier instancia. Pero casos como éste —en que el juicio estaba terminado con el sentenciamiento del segundo grado y pendiente sólo la concesión del recurso extraordinario de casación— no caben, por la propia naturaleza de las cosas, dentro de las posibilidades de reconstrucción, en la forma y con el alcance que se le ha dado. El mecanismo legal de la casación colombiana requiere la integridad procesal para la calificación jurídica de la legalidad del fallo acusado, que no puede hacerse a la vista de la sola sentencia, como en otras legislaciones. Y aquí existiría un vacío incolmable que

no ofrecería base ninguna para el análisis jurídico que corresponde hacer a la Corte en casación.

Las condiciones especiales que rodean este caso hacen imposible el recurso de casación por carencia de materia, cualquiera que sea la causal que se invoque en su apoyo: la de violación de ley sustantiva en cualquiera de sus formas, porque para deducirla es imprescindible examinar jurídicamente el negocio en relación con el planteamiento de sus hechos básicos. En el supuesto de que pudiera infirmarse el fallo por la causal primera estaría la Corte en imposibilidad para decidir en reemplazo sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. Tampoco la segunda, porque la incongruencia en que se funda no puede deducirse en ausencia de la demanda del juicio y su respuesta. Ni siquiera la de contener la sentencia en su parte resolutive disposiciones contradictorias, porque siendo sencillamente absoluta tal ocurrencia no es posible. Y las tres causales restantes del artículo 520 del C. J., fundadas en errores **in procedendo**, tampoco, porque éstas más que las otras imponen la existencia de los autos o del proceso.

Podría decirse que todas estas consideraciones son inoportunas e improcedentes con ocasión del recurso de hecho, que es el que actualmente debe considerar la Sala y para cuya decisión el expediente ofrece el material necesario. Pero aun siendo cierto esto, resultaría una cosa inútil e inaceptable desde todo punto de vista que la Corte entrara a decidirlo sabiendo como se sabe que en el caso de que prosperara no se podría cumplir su finalidad, no se podría hacer el envío del expediente original a que se refiere el artículo 514 del C. J., que es, como ya se dijo, el material insustituible para el examen y decisión del recurso extraordinario de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara **INADMISIBLE** el recurso de hecho de que se ha tratado.

Notifíquese, dése cuenta al Tribunal de origen y archívese.

**Pedro Castillo Pineda.** — **Arturo Silva Reboledo.** — **Hernán Salamanca.** — **Alvaro Leal Morales.** — **Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Manuel José Vargas.** — **Emilio Prieto H.,** Oficial Mayor.

**ACCIONES PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO, REIVINDICATORIA, ETC. — IDENTIFICACION DE INMUEBLES. — REGISTRO. — SUS EFECTOS. — MEDIOS NUEVOS EN CASACION**

1.—A la identidad de un inmueble no se oponen las variaciones de nombres en los dueños de los predios colindantes ni los cambios de nomenclatura de vías, máxime en barrios que con el desarrollo de la ciudad pasan de apartados a centrales.

2.—En casación no son admisibles medios nuevos que alteren el pleito ventilado en las instancias y que en ellas no se controvertieron.

3.—El registro produce los efectos de cancelación indicados en el artículo 789; pero, como es obvio, desde que se realiza, trátese de una compraventa o cualquiera otro contrato, o de una sentencia, como, por ejemplo, la de vacancia. Es verdad que según el artículo 476 del C. J. las sentencias dadas en juicio seguido por acción popular producen efecto contra terceros; pero no es menos cierto que a este fin es indispensable el registro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El presente juicio ordinario lo instauró Jorge E. Aldana Vargas contra Adolfo Carrizosa y José Krucker y contra el Municipio de Bogotá con los fines que se dirán adelante. Cursó en primera instancia en el Juzgado 8º de este Circuito, quien la cerró con sentencia de 17 de diciembre de 1943, y en la segunda en el Tribunal Superior, cuyo fallo de 28 de noviembre de 1947 es la materia del recurso de casación que se decide.

**Antecedentes**

Aldana compró a María Dolores Osorio Suárez en escritura de 31 de agosto de 1940, registrada el 7 del subsiguiente septiembre, el terreno ubicado en el barrio Ricaurte de esta ciudad formado por la reunión de los dos lotes contiguos de la urbanización de ese nombre que la Osorio había comprado a Francisca Suárez de Osorio el 15 de julio de 1927 y ésta a los urbanizadores González Ponce el 18 de agosto de 1913.

Carrizosa demandó y obtuvo en sentencia del Juzgado 1º Civil de este Circuito de 29 de agosto de 1940 la declaratoria de vacancia sobre esa finca que el fallo adjudicó en común y por mitad a él y al Municipio, y vendió (Carrizosa) esa mitad a Krucker en escritura de 27 de septiembre. En octubre siguiente (1940) se registró la sentencia.

Al ver Aldana que el terreno que por medio de apoderado le había vendido y entregado la Osorio estaba ocupado y en obra por Krucker, le reclamó y se opuso alegando su dominio privado y amigablemente, y al ver la ineficacia de estas gestiones, acudió a la Policía en noviembre del mismo año, sin resultado favorable, por lo cual el 6 de diciembre (1940) presentó la demanda inicial del presente juicio en que solicita se le reconozca y declare dueño exclusivo del aludido inmueble y se condeñe a los demandados a entregárselo y pagarle sus frutos y las costas del juicio.

El Municipio, que se había abstenido de coadyuvar la acción de vacancia, contestó esta demanda manifestando no ser poseedor de lo demandado; y Carrizosa y Krucker la respondieron oponiéndose, negando el dominio de Aldana, afirmando el suyo propio respaldado con la referida sentencia y sosteniendo la validez, atacada por Aldana, del juicio de vacancia y de la compraventa celebrada entre ellos dos. Se advierte desde ahora que ambas respuestas, la de Carrizosa y la de Krucker, se abstienen de poner en duda siquiera la identidad de la cosa demandada y antes bien la afirman al aducir la sentencia que la declaró vacante como defensa contra la demanda misma del presente pleito y como ataque a la compraventa de Aldana y la Osorio.

El Juzgado acogió todos los pedimentos del actor. El Tribunal reformó ese fallo: de modo que el pleito quedó resuelto así: 1º—Aldana es el dueño del inmueble; 2º—Los demandados se lo restituirán seis (6) días después de ejecutoriada la sentencia; 3º—Carrizosa y Krucker solidariamente le pagarán los frutos a partir de noviembre de 1940 y las costas del juicio en ambas instancias; 4º—Se cancelará el registro de la citada sentencia de 1940, y 5º—Se cancelará también el de la escritura de venta de Carrizosa a Krucker y el de la demanda de este juicio.

Son recurrentes Carrizosa y Krucker por medio de su apoderado común.

El Tribunal halla justificado el concepto del Juez sobre que es nulo el juicio de vacancia por no haberse fijado el edicto que ordena el artículo 840 del C. J., en lo que halla la falta de citación o emplazamiento erigida en causal de nulidad por el artículo 448 de la misma obra.

El cardinal fundamento de su decisión consiste en que, demostrado el dominio de la Osorio y el registro de la venta de ella a Aldana y la anterioridad de esta inscripción a la de la sentencia de vacancia, debe prevalecer aquella a la luz del artículo 1873 del C. C. Como ya se dijo, el registro de esta compraventa y el de la sentencia son respectivamente de septiembre y de octubre de 1940.

Reconocido el dominio de Aldana, se imponía la condena a entregar y la de pagar frutos. Esta se remonta a cuando comenzó la posesión, o sea a noviembre de 1940, porque el Tribunal la encuentra de mala fe.

La demanda de casación aduce el motivo primero del artículo 520 del C. J. y dentro de él formula los cinco cargos que distribuye en sendos capítulos que se condensan y analizan como pasa a verse:

I.—Violación del artículo 946 del C. C., indebidamente aplicado a consecuencia de apreciación errónea de las pruebas, en cuanto, a pesar de no estar identificada la cosa materia del juicio, se decreta su reivindicación. Se funda el cargo en las diferencias de alindación y de nomenclatura de las vías públicas entre lo que figura en la demanda, en la escritura de Aldana, en la de Carrizosa a Krucker y en la sentencia de 1940.

Sin entrar a considerar que a la identidad de un inmueble no se oponen las variaciones de nombres en los dueños de los predios colindantes ni los cambios de nomenclatura de vías, máxime en barrios que con el desarrollo de la ciudad pasan de apartados a centrales, a la Sala le basta para hallar improcedente el cargo, la reflexión de que el presente juicio se siguió en sus instancias sobre el pie ya indicado, de que la litis se trabó y siguió sin reclamo alguno de los demandados y antes bien con su asentimiento sobre la identidad entre lo que Aldana reclama como suyo, lo que fue materia del fallo de vacancia y lo que ellos poseen. Así consta en su respuesta al libelo inicial y, además, reiteradamente en sus memoriales de pruebas y en copias de las referidas actuaciones de policía y también en el documento privado de 11 de febrero de 1941 traído como prueba por la parte demandada, de que se hablará adelante.

Sabido es, de otro lado, que en casación no son admisibles medios nuevos que alteren el pleito ventilado en las instancias y que en ellas no se controvertieron.

II.—Quebranto de los artículos 2652, 2637, 2674, en relación con el 1873 y el 789 del C. Civil todos, porque la sentencia de vacancia canceló con su registro todos los registros anteriores referentes a la misma finca y porque no es igual comparar dos ventas separadas de una misma cosa, a que se concreta el artículo 1873, que confrontar dos títulos tan distintos como son una compraventa y una sentencia. Redondeando este argumento dice el recurrente: "Aquí el título de los demandados procede de la ley, del Estado, es el Estado, la ley el tradente del vendedor, mientras en el título de Aldana la tradente vendedora es María Dolores Osorio".

Se considera:

El registro produce los efectos de cancelación indicados en el artículo 789; pero, como es obvio, desde que se realiza, trátese de una compraventa o cualquiera otro contrato, o de una sentencia como, por ejemplo, la de vacancia. Es verdad que según el artículo 476 del C. J. las sentencias dadas en juicio seguido por acción popular producen efecto contra terceros; pero no es menos cierto que a este fin es indispensable el registro. Por tanto, si la sentencia en cuestión vino a inscribirse con posterioridad a la venta que la Osorio como dueña del terreno según sus títulos de larga data hizo a Aldana, y así ésta se inscribió en el competente libro de registro antes de que la sentencia quedara revestida de esta formalidad, el Tribunal tenía que reconocer que ese fallo no podía para terceros estimarse en plena acción o efectividad cuando éstos, es decir aquí la Osorio y Aldana, celebraron y registraron su compraventa.

III.—Violación de los artículos 708 y 709 del C. Civil y 473 y 476 del C. Judicial, porque, si el artículo 708 otorga al dueño de lo que se ha considerado vacante el derecho de que se le restituya en cuanto aparezca antes de que la Unión lo haya enajenado, el artículo 709 establece que la enajenación una vez hecha por la Unión —aquí el Municipio—, obliga a considerar la cosa para ese dueño como irrevocablemente perdida. Añade el recurrente que en la enajenación de Carrizosa mal puede pensarse en el Municipio y que, habiendo la sentencia adjudicado la finca a ambos, la venta hecha por el adjudicatario Carrizosa basta para crear esa situación de enajenación y de consiguiente irrevocabilidad.

Se considera:

Este razonamiento queda sin consistencia ante la reflexión de que la compra de Aldana es anterior a la venta de Carrizosa y al registro de la sentencia de vacancia; de modo que aunque, como el recurrente pretende, se tuviera por enajenación de la Unión la venta de Carrizosa, ni aun así dejaría de estar el caso dentro del artículo 708, o, más propiamente, ni aún así podía entenderse que es el del artículo 709.

IV.—Quebranto de los artículos 637 y 645 del C. J. por desconocerse la fuerza probatoria del documento que acredita el contrato celebrado entre Krucker y el Municipio el 11 de febrero de 1941 en que, como arreglo provisional que regiría desde el día 1º de ese mes, el Municipio autorizó la ocupación de Krucker mediante el pago de \$ 15.00 mensuales, lo que indica al Municipio como poseedor mediante esa tenencia, en lo que hace a su mitad. Además, consta que el 25 de mayo de 1940 se había entregado el inmueble a un secuestro que autorizó a Carrizosa a ocuparlo una vez que obtuvo sentencia favorable. Se acusa de error en la apreciación de estas pruebas y de quebranto consecutivo de las disposiciones legales sobre secuestro, las relativas al valor probatorio de estos documentos y a las que establecen la fuerza de cosa juzgada de las sentencias. De todo esto deduce el recurrente su reclamo por calificar el Tribunal a Krucker y Carrizosa como poseedores de mala fe con violación de los artículos 765, 768, 769 y 969 del C. C.

Se considera:

El Tribunal no desconoce que el Municipio entrara a poseer su cuota, sino que halla como ocupantes a Carrizosa y Krucker, según lo afirman estos mismos a todo lo largo del pleito, desde la contestación de la demanda, inclusive, y que las demás pruebas pertinentes del proceso así lo corroboran.

Aldana compró el 31 de agosto, inició las mencionadas diligencias de policía el 20 de noviembre y entabló este pleito el 6 de diciembre, todo de 1940. El documento es de 11 de febrero de 1941. Fue el 14 de este febrero cuando Krucker y Carrizosa respondieron la demanda oponiéndose así: ambos niegan el dominio de Aldana e invocan el fallo que declaró vacante el inmueble que poseen y ponen de presente las mejoras hechas en él en contraste con el abandono en que obtuvo para su declaración de ser vacante, y Krucker agrega que la nulidad de ese juicio no le es oponible a él y que tales mejoras son obra de él y tienen valor cuantioso.

Consta respecto de Carrizosa que al practicarse el secuestro en el juicio de vacancia un vecino del inmueble indicó que su dueña era Francisca Suárez de Osorio que vivía en Girardot al frente del hotel Potosí. Consta también que apenas se otorgó la escritura en favor de Aldana, concurrió Carrizosa a la Notaría a estudiarla junto con su abogado, y que al otorgarse la de venta a Krucker, pretendieron que ésta se antedatara. Consta también el conocimiento e intervención que tuvieron en las aludidas gestiones policivas. Mal puede tacharse de erróneo el concepto sobre la clase de la fe de este demandado.

Respecto de Krucker ocurre distinguir entre su adquisición y su posesión ulterior. Sobre la primera, las pruebas no indican nada que destruya la opinión de que hubo de tener por dueño a su vendedor y de que de éste adquirió por medios legítimos. Pero después de todos los reclamos de Aldana no puede subsistir en aquél ese estado de ánimo o esa creencia.

Esto último sucedió en noviembre. La compra había sido en septiembre. Y el Tribunal no remonta a septiembre, sino que hace partir de noviembre, el comienzo de la época de pago de frutos. Esto se justifica a la luz de las pruebas mencionadas y de lo que dispone el artículo 764 del C. C.

No sobra advertir que entre los comprobantes necesarios para otorgarse la escritura de venta de Carrizosa a Krucker figura el de estar el inmueble al corriente en los impuestos predial y de aseo, alumbrado y vigilancia, y que ese certificado indica que el inmueble está registrado a nombre de Jorge E. Aldana Vargas y tiene pagados tales impuestos hasta el segundo contado de 1940.

V.—Este cargo queda respondido, por ser la repetición del antedicho sobre los artículos 708 y 709 del C. C.

No prosperando ninguna de las acusaciones formuladas, quedará en pie la sentencia recurrida.

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

Sin costas en el recurso, por no haberse causado. Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

## ACCION DE DOMINIO DE UNA FINCA. — REGISTRO DE SENTENCIAS ECLESIÁSTICAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

1.—Forzoso es distinguir entre el Concordato como pacto en cuya preparación y acuerdo las altas partes contratantes no podían desatender las reglas del Derecho Internacional, que han de tener presentes quienes en sí lo estudien, y, de otro lado, la aplicación y cumplimiento de ese pacto en el suelo colombiano, en que han de regir las leyes de este país entre ellas, ante todo, la que dio esta calidad de ley de la República a tal convención. Establecido por esta ley que el conocimiento y decisión de los juicios de nulidad del matrimonio católico y de divorcio corresponden a los tribunales eclesiásticos y reconocida por la potestad civil la calidad de sentencias a las de esos tribunales en tales asuntos, ya no es la oportunidad de mirar hacia si dos potestades ajustaron y cómo el convenio, sino la de acoger y estimar las sentencias como él lo determinó.

Esa equivalencia de los fallos de tal procedencia y clase y los de la jerarquía civil conduce a ver en su registro lo mismo que ha de verse en el de éstas, es decir, de las sentencias de las autoridades civiles, con las finalidades en lo pertinente, que la ley civil asigna a la institución del registro, sin lugar a ver en la exigencia del registro algo distinto de lo que la impone en tesis general para toda sentencia.

2.—El registro de los documentos para los cuales la ley lo exige, siempre ha de ser anterior al momento en que vaya a aducirse como prueba, en cuanto al aducirse como base de tales o cuales pretensiones ha de presentarse ya inscrito.

3.—Equiparadas las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio o de divorcio a sentencias del órgano judicial, quienes fueron parte en la contienda respectiva no pueden ampararse en la falta del registro, porque la obligatoriedad del fallo surge de este mismo y de su firmeza para quienes fueron parte en el juicio en que se dictó o de ellos derivan sus pretensiones.

El texto del artículo 17 de la ley 57 de 1887 no establece el registro como requisito para que el Estado acepte las mencionadas sentencias, o para que no las ignore y ellas existan ante él, sino como orden de que se sometan a inscripción cabalmente por ser sentencias.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia en que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de la primera dictada por el Juzgado 6º Civil de este Circuito en los dos juicios ordinarios acumulados en que es actor Manuel Antonio Dorsonville y demandados respectivamente Antonio Dorsonville y Blanca Dorsonville de Molendo.

### Antecedentes

Antonio Dorsonville se casó católicamente en esta ciudad con Clementina Acero el 14 de enero de 1888 y obtuvo sentencia eclesiástica de divorcio el 31 de agosto de 1896, ejecutoriada el 11 del subsiguiente septiembre y registrada después de la muerte de la señora, acaecida el 21 de junio de 1919. Después de la ejecutoria y antes de la muerte dichas, Antonio Dorsonville compró varios bienes inmuebles, algunos de los cuales conserva y otros son hoy de su prenombrada hijá Blanca.

El demandante, hijo del referido matrimonio, demanda en nombre de la sociedad conyugal formada por éste, en nombre de la sucesión de su madre y en nombre propio para que se declare que a esa sociedad pertenecen las aludidas fincas. A esa súplica cardinal agrega otras de que se hablará adelante. Uno y otro demandado contestaron oponiéndose y contrademandando para que se declare que las compras de Antonio Dorsonville no son adquisiciones de aquella sociedad conyugal, por

posteriores a su disolución; piden también que el rechazo de la pretendida participación de la señora Acero no se limite a esos bienes, sino que se extienda a cualesquiera que se adquirieran antes de la sentencia de divorcio, porque el adulterio de ella que lo causó la privó de toda participación en los gananciales. Demandante y demandados se quejan de perjuicios y solicitan se condene a su contraparte a indemnizárselos. El demandante pide además se declare que Antonio Dorsonville "ha perdido su porción de gananciales o su porción en los bienes expresados, por haberlos destruído y ocultado dolosamente. En consecuencia —agrega— está obligado a restituirlos doblados".

El Juzgado declaró, y con él el Tribunal, que los bienes materia del juicio los adquirió Antonio Dorsonville exclusivamente y no la sociedad conyugal y que ésta quedó disuelta desde la ejecutoria de la sentencia de divorcio. Estas declaraciones constituyen el problema capital del pleito y del presente recurso. Si la sociedad quedó disuelta al ejecutoriarse la sentencia de divorcio, las adquisiciones posteriores no pueden reputarse de ella; y si tal disolución no se produjo sino después de las compras, forzosamente las adquisiciones fueron de ella. Para el actor, hoy recurrente, la sociedad se disolvió con la muerte de la señora Acero. Sostiene que el registro previo es indispensable para que la sentencia eclesiástica produzca efectos civiles. Advierte que el registro, a que se proveyó en 1943, es, como salta a la vista, posterior a la muerte de la señora. En estas circunstancias y razonamiento se cifran y fundan todos los cargos de la demanda de casación que, resumidos en el orden que ella los plantea, son estos:

1º—Quebranto de los artículos 17 y 18 de la ley 57 de 1887, 51 de la ley 153 de ese año, y 2º, 3º y 19 de la ley 35 de 1888, porque, de acuerdo con ellos, "las sentencias canónicas de divorcio no producen efectos civiles sino previa su inscripción en el registro de instrumentos públicos".

"Está demostrado —expone el recurrente al sintetizar el cargo primero— que la sentencia de la Curia Metropolitana de Bogotá de fecha 31 de agosto de 1896, sobre divorcio de Antonio Dorsonville y Clementina Acero, no se registró sino en 1943, luego no produjo efectos civiles antes de 1919, año del fallecimiento de Clementina Acero". En seguida, poniendo de presente la exigencia, del registro previo hecha por los artículos citados, en especial y terminantemente en el 17 de la ley 57, acusa al Tribunal de haberlos violado por interpretación errónea y aplicación indebida al esti-

mar producidos esos efectos desde 1896 sin el registro. Añade que interpretó erróneamente los citados artículos de la ley 35 al atender a la sola ejecutoria y prescindir del registro.

El cargo segundo es el de infracción de las mencionadas disposiciones legales, en cuanto el Tribunal atendió sólo al auto de ejecutoria y no requirió el lleno de los preceptos canónicos que obligan a providencia adicional sobre ejecución.

El cargo tercero es el de quebranto de los artículos 2637, 2652, 2673, 2674 y 2676 del C. C., por haber confundido lo tocante al registro de que tratan con el registro de las sentencias eclesiásticas, cuya calidad especial obliga a comprender que el objeto de su inscripción no es simplemente el que indican aquellas disposiciones para las sentencias civiles. Sostiene que, además de los fines indicados en esos artículos, tiene uno singular, de orden público, en cuanto si se atribuyó a las autoridades eclesiásticas el conocimiento y decisión de los juicios de divorcio, ello fue por obra de un pacto concordatario entre la República y la Santa Sede, de donde se deduce que un fallo de esta clase no puede tener efecto en Colombia sin que se inscriba en el correspondiente Libro de Registro del país.

Estima el recurrente inaplicable a las sentencias eclesiásticas el concepto del Tribunal a que ajustó su fallo, consistente en que la falta del registro en las sentencias civiles no es obstáculo para su obligatoriedad y cumplimiento entre las partes, y a quien fue litigante en el juicio en que se dictó o deriva sus pretensiones o derechos de quien fue litigante, no le vale alegar que la sentencia no está registrada para evitar su alcance y cumplimiento, porque la obligatoriedad surge del fallo mismo y la formalidad del registro exigida por la ley mira a los fines de esta institución relacionados con terceros.

Se considera:

I.—Forzoso es distinguir entre el Concordato como pacto en cuya preparación y acuerdo las altas partes contratantes no podían desatender las reglas del Derecho Internacional, que han de tener presentes quienes en sí lo estudien, y, de otro lado, la aplicación y cumplimiento de ese pacto en el suelo colombiano, en que han de regir las leyes de este país, entre ellas, ante todo, la que dio esta calidad de ley de la República a tal convención. Establecido por esta ley que el conocimiento y decisión de los juicios de nulidad del matrimonio católico y de divorcio corresponden a los tribunales eclesiásticos y reconocida por la potestad civil la calidad de sentencias a las de esos Tribu-

nales en tales asuntos, ya no es la oportunidad de mirar hacia si dos potestades ajustaron y cómo el convenio, sino la de acoger y estimar las sentencias como él lo determinó.

Esa equivalencia de los fallos de tal procedencia y clase y los de la jerarquía civil conduce a ver en su registro lo mismo que ha de verse en el de éstas, es decir, de las sentencias de las autoridades civiles, con las finalidades, en lo pertinente, que la ley civil asigna a la institución del registro, sin lugar a ver en la exigencia del registro algo distinto de lo que la impone en tesis general para toda sentencia. Ese algo distinto sería, dentro de la argumentación del recurrente, un detalle correspondiente al **exequatur**, vaya de ejemplo, necesario para dar entrada en Colombia y cumplimiento, a ciertas sentencias.

Desde el punto de vista de la calidad de instrumento público y de la admisibilidad y fuerza del mismo como elemento probatorio, apenas habrá de observarse que el registro de los documentos para los cuales la ley lo exige, siempre ha de ser anterior, en cuanto al aducirse como base de tales o cuales pretensiones ha de presentarse ya inscrito. Así, como es obvio, siempre la inscripción será previa.

El segundo miembro del artículo 17 de la ley 57 de 1887, disposición reproducida en el Concordato, es de este tenor: "Dictada sentencia firme de nulidad por el tribunal eclesiástico, surtirá todos los efectos civiles y políticos previa inscripción en el correspondiente Libro de Registro de Instrumentos Públicos y Privados".

Si se acogiera el concepto del recurrente, según el cual el registro de que habla esta disposición es formalidad requerida a manera de **exequatur** para dar entrada en nuestra vida civil a las sentencias en cuestión, se llegaría al absurdo de que en un caso como el presente, al paso que el Código Civil da efecto a las sentencias de divorcio con su sola ejecutoria y al paso que el Concordato reconoce las de los tribunales eclesiásticos, nuestras autoridades civiles habrían de ignorar o reputar inexistente un divorcio decretado por la autoridad eclesiástica y asignar plena vigencia con todos sus resultados legales de matrimonio sin divorcio al que se halla bajo esta sentencia ejecutoriada, tal como si no la hubiera, tan sólo porque no se ha registrado, aun tratándose del marido y la mujer que contendieron en el juicio.

El Tribunal no ha dicho, ni esta Sala diría tampoco, que las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio o de divorcio no deban registrar-

se. Simplemente advirtió que, equiparadas a sentencias del órgano judicial, quienes fueron parte en la contienda respectiva no pueden ampararse en la falta del registro, porque la obligatoriedad del fallo surge de este mismo y de su firmeza para quienes fueron parte en el juicio en que se dictó o de ellos derivan sus pretensiones.

El texto legal transcrito no establece el registro como requisito para que el Estado acepte las mencionadas sentencias, o para que no las ignore y ellas existan ante él, sino como orden de que se sometan a inscripción cabalmente por ser sentencias. Posible y aun probable es que el hecho de figurar esta orden allí obedezca a un prudente empeño de prevenir la creencia de que la posterioridad y especialidad de las citadas leyes 57 de 1887 y 35 de 1888, librarán de esa formalidad las sentencias eclesiásticas, si no se advertía en aquellas nada sobre ese requisito.

La ley 35, que asegura sus efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, exige que sea presenciado por el funcionario que la ley determine, a objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil; y es sugestivo que por largo tiempo consuetudinariamente se dejara de llenar esta formalidad y que de aquí no se tomara pie para desconocer los matrimonios católicos no revestidos de este complemento. El funcionario se designó por el artículo 2º de la ley 95 de 1890.

No todos los objetos que al registro asigna, el artículo 2637 del C. C., han de llenarse precisamente en todo caso. Por ejemplo, el primero de ellos es servir de medio de tradición de los derechos que expresa, e innúmeros son los actos sujetos al registro que no implican ni contienen tradición alguna. Esto significa que cuando no la hay, la inscripción llenará los objetos restantes enumerados en esta disposición legal, entre ellos la publicidad de que habla su numeral 2º.

Estas consideraciones han concurrido a la doctrina supradicha, conforme a la cual el registro de una sentencia, que es algo diferente de ella, no mira a su sustancia, a su fuerza de cosa juzgada, a su obligatoriedad para los litigantes y aquéllos que con éstos tengan lo que el artículo 474 del C. J. denomina **identidad jurídica**, de suerte que éstos no pueden esquivar o eludir sus efectos porque el registro falte o no lleve tal o cual fecha.

Lo dicho hasta aquí demuestra lo infundado del cargo primero.

II.—Tampoco prospera el segundo, fundado en que no se aplicaron disposiciones canónicas rela-

tivas al cumplimiento de sentencias eclesiásticas en general y que, a más de la providencia sobre ejecutoria, exigen otra adicional que diga que la sentencia debe ser ejecutada. Esto se llama **decreto ejecutorio**. De la falta de este decreto deduce el recurrente que la sentencia en cuestión no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo cual el Tribunal erró al asignarle este carácter.

Para rechazar el cargo basta tener presente que nuestras leyes no exigen sino la ejecutoria y que todas las ya citadas que reconocen la jurisdicción eclesiástica para decidir sobre nulidad y divorcio en matrimonios católicos, reservan a las autoridades civiles lo atañadero a los efectos civiles de esos fallos.

III.—Cuanto al cargo tercero, consistente, como ya se dijo, en violación de las disposiciones sobre el registro cuya lista se transcribió, lo antedicho acerca de distinción entre partes y terceros en relación con la obligatoriedad de una sentencia ejecutoriada, considerada en sí misma, basta para rechazarlo.

Se acusa también por el motivo segundo del artículo 520 del C. J., atribuyendo a la sentencia incongruencia con lo demandado, en cuanto dejó de resolver sobre la excepción de prescripción que opuso el demandante a las solicitudes de las contrademandas, excepción que el recurrente hace consistir en que el largo tiempo transcurrido desde la sentencia de divorcio hasta las contrademandas de este pleito extinguió sobradamente la acción que debió —dice— ejercitar el marido para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Los demandados no han ejercido en sus reconvencciones lo que el recurrente llama acción de disolución, pues simplemente piden se declare que ésta sobrevino como consecuencia de la sentencia de divorcio desde el día de su ejecutoria. La declaración de que desde entonces se produjo ese resultado, por ministerio de la ley, no es obra del ejercicio de una acción, lo que bien puede verse al solo considerar qué fue lo que los contrademandantes solicitaron al respecto.

Así las cosas, decir el Tribunal, confirmando el dicho del Juzgado, que efectivamente desde el 11 de septiembre de 1896 quedó disuelta la sociedad

conyugal Dorsonville-Acero, no es revivir una acción ya extinguida, es sólo recoger, reconocer o registrar la fecha en que legalmente quedó producida esa situación jurídica.

De otro lado, mal puede conceptuarse que el juzgador dejó de resolver alguna de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes porque no hiciera pronunciamiento especial sobre lo que el recurrente denominó acción de disolución, si todo lo que se contentió quedó decidido en la parte resolutive del fallo, el cual, se condensa así:

1º—Absuelve a los demandados de los cargos de las demandas; 2º—Declara que la sociedad conyugal se disolvió con la ejecutoria de la sentencia de divorcio, y 3º—Que los bienes materia de las demandas los hubo exclusivamente Antonio Dorsonville, sin que sobre ellos haya tenido derecho alguno aquella sociedad conyugal y que, en consecuencia, suyo de él ha sido el derecho para disponer libremente de esos bienes antes y después de disuelto el matrimonio por la muerte de Clementina Acero, y que a Manuel Antonio Dorsonville no le asisten las acciones incoadas en sus demandas, ni personalmente, ni en nombre de esa sociedad conyugal, ni como heredero de su madre; 4º—No condena al demandante a la indemnización de perjuicios solicitada en las contrademandas, y 5º—Lo condena al pago de las costas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete dictada en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

## SALA DE CASACION PENAL

## CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION. — REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.—Evidentemente, hubo un error de técnica procesal al presentar, como fundamento de la causal 1ª, lo relativo a la legítima defensa, pues, hay más lógica con los hechos que se pretenden demostrar en demanda de casación y en juicios en que no ha intervenido el jurado, invocar la causal 2ª, cuando de legítima defensa se trata, ya que ésta necesariamente se desprende de determinados hechos y a éstos se les ha podido atribuir —en la sentencia— un valor probatorio que no tienen, o negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, por errada apreciación o interpretación de los mismos. Y porque esos hechos que estructuran la legítima defensa son elementos eximentes ó, al menos, modificadores de la responsabilidad (como cuando exista exceso en esta circunstancia) en los autores o partícipes del hecho punible.

2.—Como lo anota la Procuraduría, la legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es el derecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto en acto de una manera especial y jurídica. Consiste, en esencia, en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un interés legítimamente protegido que se halla en peligro.

Pero si ese estado de necesidad y de angustia es provocado por el mismo que luego se defiende, desaparece la INJUSTICIA de la violencia actual y el sujeto que hiera o mata al agresor no puede alegar legítima defensa, a menos que haya una desproporción evidente entre la primitiva ofensa y el ataque subsiguiente de la víctima.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

## Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de treinta y uno de marzo del año próximo pasado, condenó a Agustín Robayo a la pena principal de doce meses de prisión y multa de sesenta y siete pesos (\$ 67.00), como autor del delito de lesiones personales causadas a Carlos Julio Guzmán.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado, doctor Marco Aurelio Pardo, quien presentó la respectiva demanda ante la Corte.

## Hechos

En la noche del dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en casa de Gonzalo Sandoval, situada en la vereda de "La Chapa", comprensión del Municipio de Rovira, hallábanse los señores Carlos Julio Guzmán, Alejandro Saavedra, Agustín Robayo, Luis Evelio Sandoval y Eudoro Rojas, dedicados al juego de cartas conocido en la región con el nombre de "la revirada", y a las frecuentes libaciones de licor. Cuando los ánimos se encontraban un tanto exaltados debido al alcohol y al juego, hubo un disgusto entre Carlos Julio Guzmán y Alejandro Saavedra, que prontamente fue solucionado sin consecuencias. Poco tiempo después, y por las mismas causas, el mismo Guzmán ultrajó con graves vocablos a Agustín Robayo, a quien le dio un empujón arrojándolo contra la pared. Robayo ante esta actitud de Guzmán, no reaccionó inmediatamente, limitándose a decir que él no entraba en molestias. Pero se salió de la sala donde se jugaba, hacia el patio de la casa y allí se encontró con Alejandro Saavedra quien portaba al cinto una peinilla, la cual tomó Robayo y con dicha arma en la mano regresó a la sala de juego, cuya puerta había sido cerrada, llamando, en ademán de molestia, a Carlos Julio

Guzmán, quien aceptó la invitación y tomando la tranca de la puerta salió al patio donde los dos sujetos —Robayo y Guzmán— entraron en singular combate, resultando ambos lesionados.

El Juzgado 1º Penal del Circuito de Ibagué enjuició a Robayo por las lesiones con que apareció Guzmán y a éste por las de aquél, resolución que, con respecto, al procesado Guzmán, fue confirmada por el Tribunal en la apelación que al respecto interpuso dicho procesado.

El mismo Juzgado condenó a Agustín Robayo a la pena principal de doce meses de prisión y multa de sesenta y siete pesos (\$ 67.00), condena que confirmó el Tribunal en la sentencia que ha sido objeto del recurso.

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que se estudiarán en su orden.

#### Causal 1ª—Mala aplicación de la ley penal

Se funda el demandante para sustentar esta causal en que el procesado Robayo obró en ejercicio de la legítima defensa cuando le causó las lesiones a Carlos Julio Guzmán. Y al desconocer el Tribunal esta circunstancia justificativa del hecho para reconocer, en cambio, el estado de ira e intenso dolor producido por grave e injusta provocación, aplicó indebidamente al caso el artículo 28 del Código Penal, en vez de haber aplicado el 25 del mismo estatuto, que era el pertinente.

“Objetivamente —dice el demandante— mi cliente, se hallaba en el estado de defensa, por la razón de que fue agredido, no solamente de palabra sino de obra; cuando se hallaba dentro del juego, por medio de repetidos bofetones que le fueron propinados, causa por la cual tuvo que huir, y al huir fue atacado con arma contundente, como se demostró con la respectiva diligencia de reconocimiento médico legal, y para defenderse tuvo necesidad de tomar la primera arma que halló a su paso, para salvar de esta manera la vida que aparecía seriamente amenazada....”.

Se considera:

Observa el señor Procurador Delegado en lo Penal —al referirse a esta causal— que cuando se alega en casación lo relativo a la legítima defensa y a cualquiera de los motivos que justifiquen el hecho no es la causal primera la pertinente, sino la segunda, en tratándose de juicios en que no ha intervenido el jurado, porque es ésta —la 2ª— la que prevé una errónea interpretación o apreciación de los hechos, “siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad

de los autores o partícipes o circunstancias que han influido en la determinación de la sanción”. Que por tanto, agrega el Procurador, el demandante incurrió en un error de técnica en la invocación de la causal adecuada para sustentar la legítima defensa, error que, por sí solo, sería suficiente para rechazar el cargo.

Evidentemente, hubo un error de técnica procesal al presentar, como fundamento de la causal 1ª, lo relativo a la legítima defensa, pues, hay más lógica con los hechos que se pretenden demostrar en demanda de casación y en juicios en que no ha intervenido el jurado, invocar la causal 2ª, cuando de legítima defensa se trata, ya que ésta necesariamente se desprende de determinados hechos y a éstos se les ha podido atribuir —en la sentencia— un valor probatorio que no tienen, o negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, por errada apreciación o interpretación de los mismos. Y porque esos hechos que estructuran la legítima defensa son elementos eximentes o, al menos, modificadores de la responsabilidad (como cuando exista exceso en esta circunstancia) en los autores o partícipes del hecho punible.

Pero estima la Corte que, ni entrando a estudiar a fondo el motivo alegado, no ya como pertinente a la causal que ha debido invocarse, que es la segunda, tampoco puede admitirse que el procesado Robayo, al lesionar a Carlos Julio Guzmán, obrara en legítima defensa de su integridad personal, como lo sostiene el demandante al sustentar la causal que se estudia.

La relación hecha por la Corte sobre los hechos acaecidos en la noche del dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en casa de Gonzalo Sandoval, y que dieron origen a este proceso, se desprende de las declaraciones de los señores Luis E. Saavedra, Gonzalo Sandoval y Luis E. Sandoval, testigos presenciales de los acontecimientos y en quienes no aparece interés distinto al de servir a la justicia en el descubrimiento de la verdad.

Veamos lo que sobre el particular exponen los testigos precitados.

Luis E. Saavedra, dice:

“...Luégo que le ganaron a Guzmán los cuatro pesos, se pararon o levantaron la sesión de juego y en seguida el mismo Guzmán le dijo a Agustín Robayo: “Gástese un trago, usted que va ganando”, pero Agustín no quiso gastarse el trago, no sé que otras palabras se cruzaron porque no las oí, pero lo cierto si fue que tuve la ocasión de ver que Guzmán le manoteaba en la cara a

Robayo; luego Robayo y Saavedra se salieron para el patio y luego yo también me salí a continuación de ellos pero me detuve en el corredor recostándome contra la pared, pues yo también me encontraba ya un poco embriagado, Robayo y Saavedra (Alejandro) siguieron para el patio habiendo quedado Guzmán dentro de la sala de la casa encerrado, momentos después Robayo se regresó solo del patio con una peinilla-machete desenfundada en las manos y al llegar a la puerta de la sala de la casa que estaba cerrada le llamó la atención a Guzmán diciéndole: "Carlos Julio, salí para afuera", al Guzmán abrir la puerta y salir atendiendo el llamado de Robayo, éste seguidamente sin decirle más nada le tiró un primer lapo o planazo con la peinilla que se lo asestó en el costado izquierdo y le siguió tirando ahí planazos a Guzmán, quien no hacía más sino interponer los brazos para defenderse y en esas condiciones siguieron hasta que los perdí de vista luego porque doblaron la esquina de la casa y por allá a continuación se oyó la voz de Guzmán que dijo: "hay!" (sic) "me mataron, me machetearon....".

Gonzalo Sandoval, expone:

"...Estando sentados Carlos Julio Guzmán y Agustín Robayo un día domingo por la noche, en el presente mes, pero no me recuerdo la fecha, en una mesa, en la casa mía (fonda), ubicada en la fracción de "La Chapa", dentro de este Municipio, como a eso de las diez de la noche, estaban estos individuos que he nombrado, acabándose de tomar un trago y estando bastante embriagados, cuando se levantó Carlos Julio Guzmán con palabras ofensivas contra Agustín Robayo, palabras consistentes en la palabra de "hijo de puta", y otras palabras, también ofensivas por el estilo, y luego Guzmán se le fue a la fuerza bruta a Robayo, y lo agarró del cuello y lo empujaba para lado y lado Guzmán a Robayo, incitándole a pelea, y Agustín Robayo, no le aceptó la pelea a Guzmán y en ese momento Agustín Robayo se salió de la sala de mi casa en donde se encontraban estos individuos, y a poco momento después de yo haber cerrado la puerta, evitando que se presentara alguna cuestión, Agustín Robayo llamó desde afuera, estando la puerta cerrada, a Guzmán, momento éste en que Carlos Julio Guzmán salió de mi casa, habiendo destrancado Guzmán la puerta de la casa, y salió con la tranca con que estaba trancada la puerta, en la mano, y yo oí unos guarapazos (golpes), y la pelea se siguió, y a otro rato abrí la puerta, y vi a Carlos Julio Guzmán, que se encontraba arrimado en el co-

rredor de la casa, porque otro lo había arrimado allí, y Guzmán lanzaba ayes, y por eso yo abrí la puerta de la casa, y en este momento que yo salí, vi que Guzmán se encontraba herido, en el brazo derecho, y le fue causada una herida grande....".

Luis E. Sandoval, dice:

"...El día dos de los corrientes, domingo, me encontraba en la casa o fonda que tiene establecida un hermano mío de nombre **Gonzalo Sandoval**, en el punto de "La Chapa", de esta jurisdicción, y siendo como las diez de la noche, yo me acosté o me entregué al sueño, quedando levantados en la fonda, **Agustín Robayo**, mi hermano dueño de la fonda, **Carlos Julio Guzmán**, **Enrique Saavedra**, **Alejandro Saavedra**, quienes se daban a la tarea de jugar lo que llaman "revirada", y algunos de ellos se encontraban ingiriendo aguardiente, y **Carlos Julio Guzmán** se encontraba más borracho que los otros; a otro buen rato de yo haberme acostado, me desperté al oír un alegato, en ese momento conocí la voz de Carlos Julio Guzmán que le ofendía en el honor de la madre con la palabra de "hijo de puta", e infeliz a Agustín Robayo, pero no sé por qué motivo sería, ni cuál la causa para decirle tales palabras Guzmán a Robayo; en este momento, se salieron Agustín Robayo, Alejandro y Enrique Saavedra, de la sala en donde se encontraban, lo mismo que Eudoro Rojas, también se encontraba en la casa; cuando salieron las personas que he dicho, **Eudoro Rojas**, cerró la puerta y la trancó, quedando dentro de la casa, yo, Carlos Julio Guzmán, Rojas y mi hermano, y a otro momento oí la voz de Agustín Robayo, que llamaba a Carlos Julio Guzmán, y le decía que saliera; en ese momento Carlos Julio Guzmán destrancó la puerta, y salió y al salir de la puerta, yo oí que alguien dio un golpe como un planazo, y que Agustín Robayo, tenía una peinilla en la mano, y fue cuando Robayo le dio un planazo a Guzmán, y en ese momento se retiraron para los lados de la esquina de la casa, y en este momento, todos los que estábamos dentro de la casa, oímos que Carlos Julio Guzmán lanzaba ayes, diciendo que lo habían cortado....".

Las anteriores pruebas establecen con bastante claridad que en el desarrollo de los hechos hubo dos fases bien distintas: la primera, cuando estando dentro de la sala de juego Carlos Julio Guzmán y Agustín Robayo, aquél injurió gravemente y golpeó a éste (a Robayo), quien no aceptó la molestia y prefirió salirse de la sala; y la segunda, cuando Robayo sale del recinto, toma la peinilla

que portaba Alejandro Saavedra —según confesión del propio Robayo— y con tal arma regresa a la sala, cuya puerta estaba cerrada, y llama desafiando a Guzmán, que se hallaba encerrado en la sala. Guzmán acepta el desafío, abre la puerta y armándose con la tranca de la misma, se traba en combate con su contendor, resultando ambos lesionados.

De tal suerte que hubo una verdadera riña, provocada y promovida por Robayo, quien se encontraba “en estado de ira injustamente provocada que lo llevó a buscar la contienda con Guzmán” —como lo dice el Tribunal en el auto de proceder— por causa de las graves injurias que antes había recibido del propio Guzmán.

La legítima defensa para que aquí tuviera respaldo legal requeriría la prueba de que Agustín Robayo se hubiera visto obligado a lesionar a Carlos Julio Guzmán para defender su integridad personal en inminente peligro por la agresión de éste; pero la actitud del procesado, al armarse con una peinilla y desafiar a Guzmán que se encontraba encerrado en una sala, para agredirlo de obra tan pronto éste abrió la puerta, sea bajo el impulso de la ira o del dolor —de que habla el Tribunal— descartan la hipótesis de la legítima defensa en forma absoluta; no hay, pues, hechos que —apreciados debidamente— llevaran a aceptar la hipótesis mencionada.

“La legítima defensa —dice el señor Procurador— es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es el derecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto en acto de una manera especial y jurídica. Consiste, en esencia, en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un interés legítimamente protegido que se halla en peligro.

“Pero si ese estado de necesidad y de angustia es provocado por el mismo que luego se defiende, desaparece la injusticia de la violencia actual y el sujeto que hiere o mata al agresor no puede alegar legítima defensa, a menos que haya una desproporción evidente entre la primitiva ofensa y el ataque subsiguiente de la víctima.

“Aquí no concurre tal salvedad, porque cuando Robayo desafió a Guzmán estaba provisto de una peinilla —arma letal—, lo que obligó al segundo a armarse de una tranca para defenderse. Y fue precisamente Robayo quien inició el ataque. En este momento, si pudo haber legítima defensa, fue cabalmente de parte de Guzmán.

“Robayo, por lo tanto, al desafiar a Guzmán y

acometerlo, creó voluntariamente un estado de peligro para su persona y obligó a su futura víctima a ejercer actos de violencia contra él, que de otra suerte, no hubiera ejecutado....”.

Tal como ocurrieron los hechos, la causal de justificación invocada por el demandante, se desecha

**Causal 2ª**

**Errada interpretación o apreciación de los hechos**

Dice el señor apoderado:

“...Se condena a mi cliente a la pena de un año de pérdida de libertad, al estudiar los hechos, se dice que la pena que debe corresponderle es la de ocho meses, y se le aumentan en cuatro más, sin dar explicación plausible de esta elevación. Esta causal desde luego os la planteo como subsidiaria, por la razón de que primero y como cuestión principal alego la legítima defensa.

“En el presente cargo, incluyo como hecho básico la circunstancia de que la parte motiva no guarda relación con la resolutive, por las razones que os he expresado.

“Es cuando menos singular el hecho de que la parte motiva de la condena, especifique en forma indubitable, circunstancias que rebajan la pena, y luego en la motiva, sin comentarios posteriores, se ponga en completo desacuerdo con la resolutive....”.

El Tribunal al individualizar la sanción, expuso claramente:

“... Agustín Robayo ciertamente violó el inciso 1º del artículo 374 del C. Penal que el Juzgado cita. La pena de, un año de prisión que el fallo le asigna para el Tribunal resulta equitativa por las razones que allí se anotan, es decir, porque no acusando este procesado circunstancias indicativas de mayor peligrosidad y sí en cambio algunas de peligrosidad menor, tales como su anterior buena conducta, escasa ilustración y bajo nivel social, es equitativo tomar por base el mínimum de dos años de presidio señalados por la disposición citada, los que deben rebajarse en dos terceras partes por el estado de ira reconocido en su favor (artículo 28 del C. P.). Los ocho meses de tal pena así resultantes deben sustituirse a prisión porque la duración de aquélla no puede ser menor de un año (artículo 45 ibidem), y entonces hay que proceder como lo manda el artículo 60 de la obra citada. Luego doce meses de esta última pena es la sanción que debe sufrir Robayo....”.

Fácilmente puede observarse la ninguna contradicción entre la parte motiva y la resolutive del fallo del Tribunal, ya que la cantidad de sanción

doce meses de prisión) señalada en aquella es exactamente igual a la fijada en ésta.

Como este cargo fue el único invocado por el demandante para sustentar la causal segunda, y dicho cargo no tiene fundamento, se desecha también la referida causal.

Por 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, de acuerdo con el concepto del

señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

**HOMICIDIO CONCAUSAL. — VEREDICTO DEL JURADO. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO. — OBLIGATORIEDAD DEL MISMO COMO BASE DE LA SENTENCIA. — CAUSAL TERCERA DE CASACION**

1.—En los procesos en que interviene el jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha versado el debate y, de consiguiente, la base del fallo para el juez es el veredicto de los miembros del tribunal popular (artículos 480 y 499 del C. de P. P.), principio que conlleva la consecuencia de que la interpretación del juez, en los casos en que los términos del veredicto ofrezcan motivos de duda, ha de ser muy restringida, para no caer en la arbitrariedad suplantando en sus funciones a los jueces de conciencia.

2.—Una mera hipótesis, una duda, una opinión expresada por el jurado, no puede obligar al juez, porque CALIFICAR es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir, en suma, fallar o decidir. Si el juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de 14 de julio del año pasado, condenó a

Juan de Jesús Martínez Serrano a la pena de diez años y ocho meses de presidio, por haber dado muerte a Aura Rueda.

El defensor del procesado interpuso contra esa sentencia el recurso de casación.

**Hechos**

Relata el Tribunal que Martínez y la Rueda, que vivían amancebados en el Socorro, se hallaban en Piedecuesta para asistir, a la festividad de Nuestra Señora del Carmen, pero cómo hubieran tenido un disgusto, emprendieron el regreso. Al llegar al punto de Pescadero, Martínez, que se hallaba en estado de embriaguez, le reclamó a su compañera por estar conversando con el chofer del vehículo en que viajaban y empuñando un revólver lo disparó contra la mujer, a la cual causó una herida en el costado izquierdo, que le ocasionó la muerte algunos días después, en el hospital de Bucaramanga.

**Actuación**

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga llamó a juicio a Martínez, por homicidio simplemente intencional, en providencia que fue confirmada por el Tribunal.

El jurado declaró que el procesado era responsable del homicidio, pero que si hubiera recibido un tratamiento adecuado, posiblemente no hubiera muerto la ofendida.

El Juzgado condenó, finalmente a Martínez, a la pena principal de diez años y ocho meses de presidio, y su fallo fue confirmado por el Tribunal en la sentencia que ahora debe estudiarse en casación.

**Causal tercera:** desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado.

Alega el recurrente que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado y, por ello, en vez de aplicarle al procesado la sanción señalada en el artículo 368 del Código Penal, le aplicó la del artículo 362, como si se tratara de un homicidio simplemente intencional y no de uno concausal.

En efecto, dice, el jurado contestó a la pregunta del Juez:

**“Si cometió el acto con intención de matar, pero Aura Rueda hubiera tenido un tratamiento médico-quirúrgico adecuado, posiblemente no hubiera muerto”.**

De la historia médico-legal se deduce que Aura Rueda no falleció por consecuencia directa y natural de la herida que recibió, sino por falta de tratamiento adecuado: eso lo demuestra el hecho de haber muerto diez y seis días después de haber sido lesionada y el de que ni en los dictámenes periciales, ni en parte alguna del proceso consta que se le hubiera hecho tratamiento propio o intervención quirúrgica.

Pero no se contenta el recurrente con enunciar su tesis, sino que hace un minucioso análisis de los dictámenes médico-legales, comenta lo que el Tribunal dice para aceptar el homicidio simplemente intencional y no el concausal que, a su juicio, declararon los jueces de conciencia en su veredicto y, en fin, trae a su demanda la doctrina de algunos expositores sobre la especie de delito que en el proceso encuentra configurado.

Sobré el veredicto del jurado, dice:

“Los términos de la explicación del jurado no son jurídicamente inocuos. Cuando los jueces de conciencia dicen: “si aquella mujer hubiera tenido un tratamiento médico-quirúrgico adecuado”, están afirmando con ello que careció de dicho tratamiento y que por esta causa determinante murió. No se trata de una hipótesis, aunque se exprese que “posiblemente no hubiera muerto”. Y es que no consta en el proceso qué tratamiento se le hizo, qué curaciones se le practicaron, qué procedimiento se realizó a su favor. Apenas consta que tuvo un tratamiento, pero nada más”.

Basta este resumen de las razones que presenta el libelo de demanda, cuidadosamente elaborado, por cierto, para entrar a estudiarlas con la atención que merecen y, al efecto, se considera:

Como fundamento del estudio que hará la Sala habrá de dejarse muy firmemente sentado el principio legal de que en los procesos en que interviene el jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre que ha versado el debate y que, de consiguiente, la base del fallo para el juez es el veredicto de los miembros del tribunal popular (artículos 480 y 499 del C. de P. P.). Principio que conlleva la consecuencia de que la interpretación del juez, en los casos en que los términos del veredicto ofrezcan motivos de duda, ha de ser muy res-

tringida, para no caer en la arbitrariedad suplantando en sus funciones a los jueces de conciencia.

Dos proposiciones consignaron los miembros del jurado en las frases explicativas de la responsabilidad: que Aura Rueda no había tenido un tratamiento médico-quirúrgico adecuado, y que si lo hubiera tenido probablemente no habría muerto a consecuencia de la herida que recibió.

Lo primero se deduce de la conjunción condicional SI, pues, bien sabido es que la condición implica de ordinario una calidad o circunstancia de la cual depende que algo se prometa o acaezca, o se hubiera prometido o acaecido. En el caso presente, el fallecimiento de la ofendida dependió, al menos en hipótesis, del tratamiento médico-quirúrgico adecuado, que no se le prestó. En otros términos, el concepto de fallecer depende en la frase del condicional de haber recibido la víctima una debida atención médica; y como aquello aconteció, como la ofendida murió, fue, en la opinión de los miembros del jurado, porque no fue atendida debidamente.

En esa idea está la Sala, pues, de acuerdo con el recurrente.

Pero eso no significa que la sentencia se halle en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque en el veredicto no se afirma que si hubiera recibido Aura Rueda la debida atención médico-quirúrgica, no hubiera fallecido, sino que **“posiblemente”** no hubiera fallecido. Posiblemente quiere decir probablemente, acaso, quizás, tal vez, algo, en fin, que, cumplida una condición tanto puede acontecer como no acontecer.

Ahora bien, una mera hipótesis, una duda, una opinión expresada por el jurado, no puede obligar al juez, porque **calificar** es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir, en suma, fallar o decidir. Si el juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver.

“Lo que constituye el veredicto —dice la Procuraduría— no son las simples sugerencias del ju-

rado, sino la determinación precisa que él haga acerca de los hechos atinentes al cuerpo del delito, a la responsabilidad de su autor y a las modalidades específicas que la agraven o atenúen. El jurado no insinúa problemas, sino que califica "los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (artículo 480 del C. de P. P.). De lo contrario, su respuesta no podría desarrollarse, porque en tales casos de dudas o hipótesis formuladas por el tribunal popular sobre cuestiones jurídicas, tendría el juez de derecho que absolverlas, y entonces la sentencia la dictaría conforme a su propio criterio, y no de acuerdo con el veredicto, lo cual es inaceptable en esta clase de juicios.

"En consecuencia, para que aquí fuera posible la admisión del homicidio concausal, sería indispensable que el jurado hubiera dicho, de modo afirmativo y categórico, que Aura Rueda había muerto por un hecho extraño a la gravedad misma de la lesión y no imputable al procesado, cosa que omitió".

Pero las lucubraciones que brevemente se harán en seguida sobre la concausa en el homicidio, quitan del ánimo toda duda sobre el punto propuesto.

Porque eso de que la víctima careció de un mejor tratamiento en el hospital, no significa "el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero", que es lo que configura el homicidio concausal. Aceptado el propósito de matar y ocasionada la lesión, el autor del hecho responde de todas las consecuencias que se derivan de su acto con todas las circunstancias que lo acompañaron. El hombre responde de lo que hace, como de obra propia, con las modalidades que tuvo presentes, al menos como posibles, en el momento de su realización; y, a contrario sensu, no debe responder por lo que no es obra suya, por lo que no tuvo en su designio ejecutar, al menos como evento consecuencial del acto primero en las condiciones en que lo ha llevado a término. Y eso es lo que los autores enseñan al comentar el caso de las heridas a las cuales ha seguido la muerte.

Así, Carrara sienta el principio de que la muerte debe vincularse a la lesión como a su causa, pues de lo contrario sólo se tendrán lesiones y que las concausas no deben haber sido preconocidas por el heridor ni ocasionadas por su hecho, pues de lo contrario subsistirá el título de homicidio. (Programa, tomo III, número 1093).

Mejor sienta la regla que debe seguirse para examinar si existe homicidio concausal el profesor uruguayo Irureta Goyena, quien la expresa así: "Siempre que por la naturaleza de la lesión, por

el lugar en que se ejecutó el delito, o por las condiciones del sitio en que deba verificarse la asistencia, la concausa colabore ordinariamente con la lesión, jurídicamente procede el rechazo del homicidio concausal". Y cita como ejemplo de ocurrencias en que se trata de homicidio simple, el de la peritonitis superviniente a una herida en el abdomen, el tétano, la gangrena de hospital, la lesión recibida en despoblado, donde no es posible la asistencia médica o quirúrgica, el traumatismo sufrido por quien es arrojado por un barranco apartado y solitario, caso en que la víctima muere también por el hambre, el frío o el ataque de un animal salvaje. Ninguna de estas circunstancias puede separarse del hecho mismo, que tiene que ser analizado, no a base de conjeturas, sino "tal como se ha producido" (El delito de homicidio página 49).

El argentino Juan P. Ramos da como ejemplos de simple homicidio, en que debe rechazarse que sea concausal, el de la persona enferma del corazón, o la persona sana, que reciben una herida, y que mueren ya por un shock nervioso, o por el estado general de su organismo, o por infección, o por peritonitis. "En todos estos supuestos existe concausa —dice— pero si el agente quiso matar, la concausa no obra. Por eso resulta inútil la teoría de la concausa, ya que si no hubo intención de matar, se aplicará el criterio general de causalidad (homicidio preterintencional); y si hubo intención de matar y la muerte se produce, existirá homicidio doloso en virtud de la vieja máxima ya recordada de quien quiere la causa quiere todas las consecuencias de la misma" (Curso de Derecho Penal, tomo V, página 94).

Estas doctrinas sobre el homicidio concausal anulan el valor de la hipótesis del jurado, si alguno hubieran podido atribuirle los jueces de instancia: porque ni el jurado ni el recurrente han dicho que Aura Rueda no recibió atención médico-quirúrgica, sino una adecuada, es decir, más especial, más cuidadosa, más propia del grave caso, que quizás le hubiera salvado la vida. Pero las exposiciones médico-legales son concluyentes para deducir el vínculo de causalidad entre las heridas que el procesado le ocasionó a la Rueda y la muerte de ésta, como lo dice la Procuraduría, no sin olvidar que los autores de medicina legal opinan que las heridas penetrantes del tórax y del abdomen están sujetas a complicaciones mortales.

Aura Rueda fue examinada el 16 de julio de 1946, o sea, al día siguiente de los hechos, y el médico legista conceptúa que el estado general de

herida "es grave" y que "si sobrevive a la herida la incapacidad será de treinta a cuarenta días mediante tratamiento adecuado y salvo complicaciones" (f. 4 del c. 1).

El 26 de julio presentaba "un empiema en el hemotórax izquierdo, el cual es complicación de las lesiones" (f. 38).

Y en la diligencia de autopsia se encontró que la Rueda había tenido empiema y miocarditis, que son mortales, como "complicaciones de la lesión inicial... sin que se pueda pensar por un momento en que hubo descuido en el tratamiento médico" (f. 47).

No será superfluo anotar que en los procesos no se hace constar de ordinario qué clase de atenciones médicas o intervenciones quirúrgicas reciben las víctimas, y que los días que sobrevivió la Rueda a su herida, no son un caso extraordinario en la historia de los delitos de homicidio y lesiones personales.

En resumen y conclusión, si el jurado reconoció en el victimario el propósito de matar y si no afirmó que la muerte de la ofendida se debió a la falta de tratamiento, sino que expresó la hipótesis de que quizá con uno más apropiado no hubiera fallecido, la sentencia no está en desacuerdo con el veredicto, porque en éste se declara, tal como está concebido y en cuanto califica los hechos, vale decir, en cuanto afirma o niega, un homicidio simplemente intencional.

La falta de asistencia médico-quirúrgica puede constituir una concausa no imputable al autor de una lesión; pero para ello es necesario que el jurado así lo declare en su veredicto sin lugar a du-

das, porque no se puede proferir sentencia condenatoria o absolutoria sino sobre el fallo afirmativo o negativo, no meramente hipotético, del jurado, en los procesos en que debe intervenir.

La causal invocada, no puede, por tanto, prosperar.

**Causal primera: indebida aplicación de la ley penal**

El recurrente, luego de afirmar que ha debido aplicarse la sanción del artículo 366 del Código Penal, y no la señalada en el 362, añade que en la sentencia se dio cumplimiento al artículo 34 del mismo código "sin que se advierta la modalidad de una reincidencia genérica y no específica".

El Tribunal tuvo en cuenta que Martínez Serrano había sido condenado en 1942 por el delito de hurto y por esta razón lo tuvo como reincidente.

Este proceder del Tribunal parece ajustado a la ley y como el recurrente no demuestra lo contrario, la sentencia no merece ningún reparo por este otro aspecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**



## CAUSAL 7ª DE CASACION. — VEREDICTO CONTRADICTORIO

1.—Un veredicto es contradictorio cuando sus términos son inconciliables porque no pueden coexistir, porque se destruyen mutuamente, porque implican afirmación y negación a la vez, porque una de sus voces acepta lo que la otra excluye. La contradicción implica la imposibilidad absoluta para que una cosa sea y no sea al mismo tiempo, ese principio de contradicción que se afirma del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran, es decir, en el contenido de sus proposiciones, pues si el veredicto consta de una sola proposición, no se podría predicar el principio de contradicción respecto de él, ya que faltaría el otro término o proposición con la cual debería hacerse la comparación, para luego, si, afirmar la existencia del mismo.

2.—La causal séptima de casación se refiere al hecho de que la sentencia se dicte sobre un veredicto contradictorio, contradicción que se deduce de las respuestas emitidas por el Jurado a los respectivos cuestionarios, y no de la oposición del veredicto con las pruebas del proceso que son la fuente de información, porque en este caso, el veredicto no sería contradictorio sino contrario a la evidencia de los hechos procesales. Sólo el veredicto contradictorio da fundamento para impugnar la sentencia, ya que el tema de la contraevidencia del veredicto, es propio de las instancias del juicio y no del recurso extraordinario de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

## Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, condenó a Helí Alfonso Builes Alzate a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de un delito

de homicidio cometido en la persona de José Marín Correa, hecho ocurrido el día ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres en el Municipio de Quinchía.

Contra esta providencia el defensor del procesado interpuso recurso de casación y como se hallan cumplidas las formalidades procedimentales se procede a su estudio.

## Demanda

Se impugna el fallo del Tribunal por la causal 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

**Causal séptima:** Haber dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Dice el recurrente:

“...Al terminar la segunda audiencia pública en este negocio, el Jurado de conciencia profirió su veredicto con respecto al procesado Helí Alfonso Builes, contestando afirmativamente el primer cuestionario relativo al “Homicidio”, pero quitándole al hecho delictuoso la característica de “asesinato”; y los dos restantes cuestionarios fueron resueltos en forma negativa, lo que quiere decir que no se le hizo responsable de “abuso de autoridad y otras infracciones”, ni tampoco de delito “contra la inviolabilidad del domicilio”. Y aquí está precisamente la contradicción, porque si mi defendido Builes, para dar muerte a Juan de Jesús Marín Correa (a. Suso) no violó el domicilio de éste ni abusó de la autoridad de que estaba investido, es lógico deducir que se limitó a obrar “por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente”; y en este caso el hecho se justifica, de acuerdo con lo que al respecto establece el artículo 25 del Código Penal vigente”.

Se considera:

En auto de julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales llamó a responder en juicio a Helí Alfonso Builes Alzate por estos hechos:

- a) Por un delito de homicidio —agravado— cometido en la persona de José Marín Correa;
- b) Por un delito de abuso de autoridad y otras infracciones —consistente— en que con ocasión de

us funciones de Agente de Policía y excediéndose en el ejercicio de ellas, cometió un delito de homicidio, y

c) Por un delito contra la inviolabilidad de domicilio, por haberse introducido arbitrariamente a la casa de Bernardina Correa de Marín, sin consentimiento de ésta y con el fin de cometer el homicidio.

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal en auto de veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

En la redacción de los cuestionarios, el Juzgado se ciñó estrictamente a los cargos formulados en el auto de proceder y a las pruebas recogidas en el proceso, y consecuente con estos principios, propuso a la consideración del jurado estos cuestionarios.

#### Cuestión primera

“El acusado Helí Alfonso Builes Alzate, natural de Don Matías (Antioquia), vecino de Quinchía, mayor de edad y ex-agente de la Policía, es responsable de los siguientes hechos: haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, al señor Juan de Jesús Marín Correa (a. Suso), abusando de las condiciones de inferioridad personal de éste ya que se encontraba enfermo, por medio de heridas abiertas con arma de fuego (revólver), lo que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el Municipio de Quinchía, de este Distrito Judicial?”

La respuesta a esta primera cuestión fue “sí, pero sin caracteres de asesinato”

#### Cuestión segunda

“El acusado Helí Alfonso Builes Alzate, natural de Don Matías (Antioquia), vecino de Quinchía, mayor de edad y ex-agente de la Policía, es responsable de los siguientes hechos: en que con ocasión de sus funciones de agente de Policía y excediéndose en el ejercicio de ellas, cometió el homicidio en la persona del señor Juan de Jesús Marín Correa (a. Suso), lo que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el Municipio de Quinchía, de la comprensión de este Distrito Judicial?”

La respuesta a esta pregunta fue negativa.

#### Cuestión Tercera

“El acusado Helí Alfonso Builes Alzate, natural de Don Matías (Antioquia), vecino de Quinchía,

es responsable de los siguientes hechos: haberse introducido arbitrariamente a la casa de habitación de la señora Bernardina Correa de Marín, contra la voluntad de ésta, con el objeto de ejecutar el homicidio en la persona de Juan de Jesús Marín Correa (a. Suso), lo que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres en el Municipio de Quinchía, de este Distrito Judicial?”

La contestación a esta parte del cuestionario también fue negativa.

El jurado en sus respuestas, expresamente, descartó las circunstancias o modalidades que agravan el hecho (asesinato), y afirmó únicamente la responsabilidad del procesado como autor de un homicidio simplemente intencional, y, por otra parte, negó la responsabilidad en relación con los delitos de abuso de autoridad e inviolabilidad del domicilio.

Pero la negación de la responsabilidad para los dos últimos ilícitos, no implica, necesariamente, el desconocimiento de la misma responsabilidad en relación con el primer delito, porque los hechos imputados al procesado, configuran delitos independientes; que tienen su autonomía propia y se distinguen unos de otros por sus elementos estructurales que los tipifican y hacen inconfundibles, de manera que, negado o desconocido por el Juri uno de ellos, subsisten los otros, por ser delitos autónomos que no necesitan la existencia de un delito principal para tener vida jurídica.

Si el jurado al responder las preguntas del cuestionario afirma la responsabilidad para un delito (homicidio) y la niega para los otros (abuso de autoridad e inviolabilidad del domicilio) esa negativa no implica contradicción alguna en su veredicto, porque en tratándose de delitos independientes que tienen características propias no puede afirmarse respecto de ellos una solidaridad o indivisibilidad única, en forma tal, que negando uno de los cuestionarios lógicamente deba predicarse la negación respecto de los otros.

Un veredicto es contradictorio cuando sus términos son inconciliables porque no pueden coexistir, porque se destruyen mutuamente, porque implican afirmación y negación a la vez, porque una de sus voces acepta lo que la otra excluye. La contradicción implica la imposibilidad absoluta para que una cosa sea y no sea al mismo tiempo, ese principio de contradicción que se afirma del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran; es decir, en el contenido de sus dos proposiciones,

pues si el veredicto consta de una sola proposición, no se podría predicar el principio de contradicción respecto de él, ya que faltaría el otro término o proposición con la cual debería hacerse la comparación, para luego, sí, afirmar la existencia del mismo.

El jurado al responder la primera pregunta del cuestionario en relación con el delito de homicidio, reconoció el hecho y afirmó la responsabilidad de su autor. La adición del veredicto "pero sin caracteres de asesinato" no se opone al sí afirmativo de la responsabilidad: el jurado niega que el hecho se hubiera realizado en circunstancias que agravan la pena, pero no desconoce la responsabilidad, en estas condiciones, no hay contradicción alguna en el veredicto, porque sus términos no son opuestos ni inconciliables entre sí, pues, al contrario, las dos proposiciones guardan perfecta armonía, la frase explicativa del veredicto sirve para disminuir la pena en relación con el homicidio que fue el único delito reconocido por el Tribunal de Conciencia.

La contradicción del veredicto —la deduce el recurrente— del reconocimiento de la responsabilidad para el delito de homicidio, y de la negación de esa responsabilidad para los ilícitos restantes "porque si mi defendido Builes, para dar muerte a Juan de Jesús Marín Correa (a. Suso) no violó el domicilio de éste, ni abusó de la autoridad de que estaba investido, es lógico deducir que se limitó a obrar "por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente" y en este caso el hecho se justifica, de acuerdo con lo que al respecto establece el artículo 25 del Código Penal vigente".

La causal séptima de casación se refiere al hecho de que la sentencia se dicte sobre un veredicto contradictorio, contradicción que se deduce de las respuestas emitidas por el jurado a los respectivos cuestionarios, y no de la oposición del veredicto con las pruebas del proceso que son la fuente de

información, porque en este caso, el veredicto no sería contradictorio sino contrario a la evidencia de los hechos procesales. Sólo el veredicto contradictorio da fundamento para impugnar la sentencia, ya que el tema de la contraevidencia del veredicto, es propio de las instancias del juicio y no del recurso extraordinario de casación.

Por eso, la causal alegada no es procedente.

"Lo que el demandante pretende —dice la Procuraduría— en el fondo, es una declaración de veredicto contrario a la evidencia procesal, por no haber reconocido el jurado que Builes dio muerte a Marín Correa en uno de los casos de justificación del hecho a que se refiere el artículo 25 del Código antes citado. Mas esa aspiración es improcedente en este recurso extraordinario, porque el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no la consagra como motivo de casación. El veredicto del jurado, por lo tanto, sólo puede atacarse, para declararlo sin valor, en las instancias del juicio, como lo estatuyen los artículos 537 y 554 de la misma obra".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, de acuerdo con él, **NO INVALIDA** el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, por el cual condenó a Helí Alfonso Builes Alzate a la pena principal de ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

**CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — IMPEDIMENTOS. — DIFERENCIA ENTRE LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y LOS MOTIVOS QUE DAN LUGAR AL CAMBIO DE RADICACION. — PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITARLO**

1.—El cambio de radicación de un proceso penal debe ordenarse cuando ello sea indispensable para la recta administración de justicia o cuando el procesado padezca de enfermedad grave comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del mismo. Cuando se trata de delitos de la competencia de un Juez Superior de Distrito, el cambio a otro Distrito debe ser pedido al Gobierno Nacional, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia; y si se trata de delitos de la competencia de un Juez de Circuito, el cambio debe ser solicitado al Gobernador del respectivo Departamento, con aprobación del respectivo Tribunal Superior (artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal).

De tal suerte que el Gobierno Nacional puede, previo concepto favorable de la Corte, disponer el cambio de radicación de un proceso, cuyo conocimiento corresponda a un Juez Superior, de un Distrito Judicial a otro, al paso que el Departamental sólo puede ordenarlo de un Circuito a otro Circuito, dentro del mismo Distrito y siempre que el proceso sea del conocimiento de un Juzgado del Circuito.

En el presente caso, el proceso cuyo cambio de radicación se solicita, es del conocimiento del Juez del Circuito Penal, pues el delito de calumnia e injuria, que es el investigado, es de la competencia de dichos juzgados. Este hecho, por sí solo, sería suficiente para fundamentar el concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado.

En cuanto al argumento traído por el Tribunal referente a que pudiera argüirse falta de imparcialidad por parte de los jueces de ese Distrito, tanto para la instrucción del proceso como para el fallo correspondiente, en virtud a que dichos funcionarios han sido nombrados por ese Tribunal, es cuestión que no puede admitirse porque ello iría contra la dignidad de los ciudadanos que ejercen la delicada misión de administrar justicia y

en quienes hay que suponer la suficiente independencia y absoluta honorabilidad en el desempeño de su augusta labor.

2.—Las causales de impedimento, de que tratan los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso.

3.—Teniendo en cuenta el artículo 58 del C. de P. P., solamente tienen la facultad para pedir el cambio de radicación de un proceso penal, las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso, como sería el Agente del Ministerio Público, el procesado o su representante —apoderado o defensor— y la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal; pero cuando el cambio de radicación se pide —como en el presente caso— por una persona (denunciante) extraña al proceso, el concepto de la Corte no puede ser favorable.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia, por conducto del Departamento Jurídico, remite a esta entidad, la solicitud formulada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, sobre cambio de radicación del proceso seguido contra Marcos Valenzuela, por los delitos de calumnia e injuria, 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.

Corresponde a la Corte emitir su concepto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 citado.

Con fecha 29 de enero último el señor Presidente del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, previamente autorizado por los señores Magistrados que integran ese Tribunal, formuló denuncia criminal, ante el Juzgado Penal del Circuito de San Gil, contra Marcos Valenzuela, por los delitos de calumnia e injuria "cometidos contra esa entidad por medio de la hoja volante impresa intitulada «Carta abierta»; del Directorio Liberal de San Gil, al H. Tribunal Superior de este Distrito»".

Dos son los fundamentos en que se basa el Tribunal para solicitar del Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso en referencia: el primero, lo hace consistir en que habiendo sido nombrados todos los Jueces de Circuito de ese Distrito por el mismo Tribunal, "pudieran malévolamente sugerirse falta de imparcialidad por parte de cualesquiera de ellos tanto para la instrucción del proceso como para el fallo correspondiente"; y segundo, que para el caso de la segunda instancia que pueda presentarse en dicho proceso, le correspondería resolverla a esa Corporación, la cual, "se hallaría impedida por su condición de denunciante ofendida".

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso penal debe ordenarse cuando ello sea indispensable para la recta administración de justicia o cuando el procesado padezca de enfermedad grave comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del mismo. Cuando se trata de delitos de la competencia de un Juez Superior de Distrito, el cambio a otro Distrito debe ser pedido al Gobierno Nacional, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia; y si se trata de delitos de la competencia de un Juez del Circuito, el cambio a otro Circuito debe ser solicitado al Gobernador del respectivo Departamento, con aprobación del respectivo Tribunal Superior (artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal).

De tal suerte que el Gobierno Nacional puede, previo concepto favorable de la Corte, disponer el cambio de radicación de un proceso, cuyo conocimiento corresponda a un Juez Superior, de un Distrito Judicial a otro, al paso que el departamental sólo puede ordenarlo de un Circuito a otro Circuito, dentro del mismo Distrito y siempre que

el proceso sea del conocimiento de un Juzgado del Circuito.

En el presente caso, el proceso cuyo cambio de radicación se solicita, es del conocimiento del Juez del Circuito Penal pues, el delito de calumnia e injuria, que es el investigado, es de la competencia de dichos Juzgados. Este hecho, por sí solo, sería suficiente para fundamentar el concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado.

En cuanto al argumento traído por el Tribunal referente a que pudiera argüirse falta de imparcialidad por parte de los Jueces de ese Distrito, tanto para la instrucción del proceso como para el fallo correspondiente, en virtud a que dichos funcionarios han sido nombrados por ese Tribunal, es cuestión que no puede admitirse porque ello iría contra la dignidad de los ciudadanos que ejercen la delicada misión de administrar justicia y en quienes hay que suponer la suficiente independencia y absoluta honorabilidad en el desempeño de su augusta labor.

Y en cuanto al hecho de que pueda presentarse el caso de una segunda instancia en dicho proceso, cuestión que correspondería resolver al Tribunal, el cual, "se hallaría impedido por su condición de demandante ofendido", la solución la está indicando claramente esa respetable entidad al insistir que tendrían que declararse impedidos los Magistrados que se sintieran ofendidos por el contenido de la hoja impresa suscrita por el procesado y que dio origen a la correspondiente denuncia criminal.

Pero las causales de impedimento de que tratan los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso.

Además, teniendo en cuenta el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, solamente tienen la facultad para pedir el cambio de radicación de un proceso penal, las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso, como sería el Agente del Ministerio Público, el procesado o su representante —apoderado o defensor— y la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal; pero cuando el cambio de radicación se pide —como en el

ente caso— por una persona (denunciante) ex-  
ta al proceso, el concepto de la Corte, no puede  
favorable.

El denunciante —ha dicho la Corte— no es  
te en el proceso penal y en el sumario la ley  
le ha otorgado ningún derecho para intervenir  
las diligencias, ni siquiera lo catalogó entre las  
sonas que pueden intervenir en esa etapa del  
ceso. El denunciante al tenor del artículo 10

Código de Procedimiento Penal, no contrae  
o deber que el de decir la verdad, y para que  
aseveración no sea temeraria se le exige el  
pectivo juramento sobre los cargos materia del  
uncio, su intervención o actividad está limita-  
y circunscrita por el artículo 275 de la obra ci-  
a, y ella se contrae a ampliar el denuncia y a  
los informes que estime convenientes, “que-  
ndo a esto reducida su intervención”. Si por  
ndato expreso de la ley el denunciante sólo

puede ampliar su denuncia 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”. (Gaceta Judicial, número  
2057, página 328).

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  
Penal del Circuito de San Gil, contra Marcos Va-  
lenzuela, por los delitos de calumnia e injuria.

Cópiese y remítase al Ministerio de Justicia.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Ale-  
jandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Pra-  
da. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso  
Roa, Secretario.**



CONSULTA. — NORMA CONTENIDA SOBRE EL PARTICULAR EN EL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El artículo 153 del C. de P. P. —en cuanto a consulta se refiere— no puede contener mayor claridad. Sólo debe consultarse la sentencia dictada a virtud de encontrarse —en el proceso— plenamente comprobada alguna de las causas señaladas por el mismo artículo. Pero si dicha sentencia no se ha dictado, como ocurre en el presente caso, nada tiene que consultarse, ya que, como lo dice el señor Procurador, la simple negativa de aplicar el citado artículo, sólo puede considerarse como auto interlocutorio, revisable por el superior únicamente a virtud de apelación legalmente interpuesta, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto envía a la Corte, por vía de consulta, la providencia de doce de noviembre del año próximo pasado, dictada por dicho Tribunal, en virtud de la cual se declara que no es el caso de disponer la cesación del procedimiento, con base en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en el juicio adelantado contra el doctor Víctor Vela V., ex-Juez 1º Penal del Circuito de Ipiales, por el delito de abuso de autoridad.

Estima el señor Procurador Delegado en lo Penal que la providencia en cuestión no puede ser objeto de consulta, pues sólo lo es la sentencia que ordena cesar el procedimiento por cualquiera de las causas que señala la citada disposición.

“La simple negativa de aplicar el artículo 153 —dice el Procurador— sólo equivale a un auto interlocutorio, cuya revisión únicamente puede hacerla el superior cuando se haya interpuesto el

recurso de alzada contra tal providencia, cosa que no ha ocurrido en este caso”.

El artículo 153 del Código de Procedimiento Penal dispone que en cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podrá iniciarse o proseguirse, el Juez, previo concepto favorable del Ministerio Público, procederá a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

Y el mismo artículo, en su inciso 2º, ordena que sea consultada la sentencia en que se ordene cesar el procedimiento.

La disposición citada —en cuanto a consulta se refiere— no puede contener mayor claridad. Sólo debe consultarse la sentencia dictada a virtud de encontrarse —en el proceso— plenamente comprobada alguna de las causas señaladas por el artículo 153. Pero si dicha sentencia no se ha dictado como ocurre en el presente caso, nada tiene que consultarse, ya que, como lo dice el señor Procurador, la simple negativa de aplicar el citado artículo, sólo puede considerarse como auto interlocutorio, revisable por el superior únicamente a virtud de apelación legalmente interpuesta, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso.

Por 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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, SE ABSTINE de revisar la providencia de que se ha venido hablando, por no ser consultable.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

**SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE IBAGUE POR LOS DELITOS DE PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD**

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

Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

**Vistos**

Esta Sala de la Corte, en providencia de 1º de octubre del año pasado, (\*) sobreseyó definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, a quienes acusó el abogado Julio Navarro T., con poder de don Ignacio Rivas Putnam, por los delitos de revaricato y abuso de autoridad.

Pero se sobreseyó temporalmente en favor de los mismos, en cuanto al cargo de haber decretado indebidamente la práctica de unos inventarios adicionales y la de una exhibición de libros del señor Rivas Putnam cuando el incidente de objeciones a los inventarios adicionales ya estaba fallado, o sea, que se ordenó “tramitar una prueba cuando ya se había decidido el incidente en que debía servir” (f. 92 del c. 1º).

Sobre el incidente de inventarios dice el denunciante:

“Después de presentada la partición, formuladas las objeciones y corrido traslado de éstas, o sea, varios años posteriores a la terminación del proceso de inventarios, María Francisca Rivas de Medina, por conducto de su apoderado, solicitó la práctica de inventarios adicionales. Inútiles fueron todas las observaciones que se presentaron para demostrar que en el estado actual del juicio no era jurídico el decreto de inventario adicional. Varias fechas se señalaron para la presentación de las actas del inventario adicional, y al fin, “como el parto de los montes” resultó el doctor Varón con una acta fantástica que en resumidas cuentas sólo contiene créditos totalmente inexistentes con-

tra el señor Ignacio Rivas Putnam” (f. 85 in fine del c. 1º).

Y sobre la exhibición de libros dice:

“Con violación del numeral 3º del artículo 587 del Código Judicial, el Magistrado doctor García ordenó tramitar una articulación de acción exhibitoria de los libros de don Ignacio Rivas Putnam, que el apoderado de la señora María Francisca Rivas de Medina había solicitado como prueba en un incidente que indebidamente se llamó objeciones a los inventarios adicionales, cuando tal incidente estaba ya fallado y la sentencia ejecutoriada, es decir, que ordenó tramitar una prueba cuando ya se había decidido el incidente en donde debía de servir” (f. 92 v. del c. 1º).

Sobre los inventarios adicionales sólo resta repetir lo dicho en la providencia de 1º de octubre del año pasado. Allí se dijo:

“Respecto de los inventarios adicionales se advierte que el artículo 949 del Código Judicial permite realizarlos cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse algún elemento del patrimonio, solicitud que puede hacerse “antes o después de hecha la partición de bienes primitivamente inventariados”.

Pero, como se hizo notar en la misma providencia, la exhibición de libros es el fundamento del cargo que quedó pendiente y para cuya averiguación se trajeron al proceso las copias respectivas.

De ellas constan los siguientes hechos:

a) Parece que los inventarios adicionales se pidieron en el año de 1942, según el memorial que obra al folio 111 del cuaderno 3º. Lo cierto es que en agosto del mismo año pidió el apoderado de doña María Francisca Rivas de Medina la exhibición de libros de don Ignacio Rivas Putnam.

b) El Juzgado, en auto de 1º de septiembre del citado año de 1942, ordenó tramitarla como articulación (f. 97).

c) En auto de 3 de octubre de 1944, negó la exhibición de libros, por no estar comprobada su existencia en poder del señor Rivas Putnam (f. 98).

d) En auto de 13 de octubre de 1944, rechazó las objeciones a los inventarios adicionales (f. 116).

(\*) Nota de la Relatoría: Véase Gaceta Judicial, Tomo LXIV, números 2064-2065, página 907.

e) En fin, en auto de 10 de noviembre de 1944 no repuso la providencia en que negaba la exhibición de libros, no sólo por la razón primeramente expuesta, sino también por estar fallado el incidente de objeciones a los inventarios adicionales, pero concedió apelación para ante el Tribunal.

f) Pero antes, en auto de 28 de octubre del mismo año de 1944, admitió el desistimiento de la apelación contra el auto que rechazaba las objeciones a los inventarios adicionales (f. 120).

g) El Tribunal no conoció, pues, sino del auto que negaba la exhibición de los libros de don Ignacio y, como encontró que no se habían llenado debidamente los trámites de la articulación, revocó el auto en que se negaba la exhibición de libros para que se cumplieran esos trámites (f. 101).

h) El Juzgado, después de cumplir con ellos, se negó en providencia de 21 de febrero y de 28 de marzo de 1946 a decretar la exhibición de libros y concedió apelación para ante el Tribunal (fls. 103 y 107 v.).

i) Por último, en providencia de 11 de julio del año citado de 1946, el Tribunal confirmó el auto apelado que negaba la exhibición de libros, no sólo por no haber demostrado el peticionario que existían en poder del señor Rivas Putnam, sino porque las objeciones a los inventarios adicionales habían sido rechazadas y, por tanto, la prueba resultaba inútil o extemporánea.

No es exacto, pues, que el Tribunal hubiera ordenado la exhibición de libros cuando ya había sido fallado el incidente de objeciones. El Tribunal revocó el auto que negaba dicha exhibición con el objeto de que se llenaran algunas formalidades que consideró omitidas.

Cierto es que el Tribunal no paró mientes en que el Juzgado había dicho en providencia anterior que las objeciones a los inventarios adicionales habían sido rechazadas, o sea, que el incidente estaba ya decidido cuando conoció de la providencia del Juzgado la primera vez; pero ello se explica, porque tal circunstancia se afirma en una breve frase del proveído.

Además el Tribunal no podía decidir sino sobre la providencia que tenía a su estudio por apelación, que era el incidente de exhibición de libros, que debía surtir su efecto en el de inventarios adicionales, que no subió al Tribunal.

Como lo explica la Procuraduría, el Juzgado resolvió prematuramente el incidente de objeciones a los inventarios adicionales, habiendo debido aguardar a que el Tribunal revisara lo relativo a la exhibición de libros, lo que hizo que esta enti-

dad no tuviera ocasión para revisar el fallo inferior y conocer su fallo, a fin de conceptuar con certidumbre si la prueba era conducente o conducente. Así lo establecen claros mandatos legales y de ahí que no pueda achacarse a dolo resolución del Tribunal de que se cumplieran, en el incidente de exhibición de libros, que era el que tenía a su estudio, las ritualidades que echa de menos.

De todos modos, al conocer el Tribunal, con presencia del Magistrado Luis Felipe García, del auto que negaba la exhibición de libros, confirmó la resolución, no solamente por no haberse presentado la prueba que debía haber ofrecido el solicitante, sino también porque, estando ejecutoriado el auto que cerraba el incidente de inventarios adicionales, ya había perdido su importancia.

“En el caso de estudio —comenta la Procuraduría— el Juzgado debía resolver sobre dos solicitudes que, según la ley procesal civil, hay que tramitar previamente como articulación. (Artículo 297, 943 del Código Judicial y concordantes de la ley 63 de 1936).

“Como el resultado de la acción exhibitoria estaba enderezado a ejercer influencias sobre la prosperidad de las objeciones, una y otras debían sufrir idéntica tramitación, y por lo mismo el Juzgado no ha debido pronunciarse sobre esto último sin esperar la resolución que recayera sobre la primera.

“Pero, como ya se dijo, el hecho así comprobado no puede imputarse a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Ibagué, puesto que el fallo donde se desobedeció el mandato contenido en el artículo 393 del Código Judicial, ni fue dictado por ellos, ni sufrió el trámite de la segunda instancia, por expreso desistimiento que del recurso de apelación hizo la parte que hoy asume la calidad de denunciante”.

De esta suerte, no hay prueba de que se hubiera cometido prevaricato o abuso de autoridad al proferir el Tribunal las providencias de abril de 1945 y de julio de 1946, a que antes se ha hecho referencia.

La Procuraduría, después de anotar que no encuentra demoras injustificadas en las actuaciones del Tribunal, añade:

“En cambio, la actuación del Juzgado se resiente de una gran lentitud. Así, por ejemplo, entre dos autos dictados en el incidente sobre acción exhibitoria, media un lapso de dos años, o sea desde el primero de septiembre de 1942 al 13 de octubre de 1944. Esta falta de actividad del funcionario o

funcionarios que tuvieron a su estudio el negocio debe investigarse. (Art. 172 del Código Penal)".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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, **SOBRESEE DEFINITIVAMENTE** en favor de los Magistrados del Tribunal de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, por los cargos de abuso de autoridad o prevaricato de que se ha hablado en esta providencia.

Sáquese copia de esta providencia y remítase al Tribunal de Ibagué para que dé cumplimiento a

lo solicitado por el señor Procurador y que queda consignado en la parte motiva de la misma.

Envíese el expediente a la autoridad competente para que averigüe las falsas imputaciones hechas ante las autoridades de que pueda ser responsable el denunciante en este proceso, según lo expuesto en este auto y en el de 1º de octubre del año pasado.

Cópiese, notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

## Vistos

Esta Sala de la Corte, en providencia de 5 de marzo próximo pasado, **sobreseyó definitivamente** en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, por los cargos de abuso de autoridad o prevaricato de que en dicho fallo se habló.

El denunciante, don Ignacio Rivas Putnam que se constituyó en parte civil pide que se reponga aquella providencia, con el fin de que se perfeccione la investigación que, a su modo de ver, no está completa, y debe ahora resolverse lo que sea legal, a juicio de la Corte.

El cargo que se estudió en la citada providencia fue el de haber ordenado una exhibición de libros dentro del incidente de inventarios adicionales “cuando tal incidente estaba ya fallado y la sentencia ejecutoriada, es decir, que ordenó tramitar una prueba cuando ya se había decidido el incidente en donde debía de servir”, según se dice en el escrito de denuncia.

Afirma el señor Rivas Putnam que, dentro de la articulación de inventarios adicionales se pidió la exhibición de libros, pero que como no se había probado el hecho en que se fundaba la solicitud, o sea, el existir los libros en poder de don Ignacio, el Juez la había negado y el auto que tal negativa declaró había quedado en firme.

“Interpuesta una apelación contra un auto distinto —prosigue el señor Rivas— subió el negocio al Tribunal Superior. Y allí el señor Magistrado ponente doctor García resolvió devolver el expediente al Juzgado para que se notificara personalmente un auto dictado dentro de la articulación de la exhibición de los libros, que ningún objeto tenía porque estaba negada esa exhibición y ejecutoriado el auto que así lo disponía.

“Como ve la Honorable Sala —concluye— este procedimiento implicó la demora del juicio principal de más de un año, sin fundamento legal ninguno y como la Honorable Sala dejó a mi modo de entender estas cuestiones sin estudio, esta parte importante (sic), yo insisto en que se reponga el auto de que me ocupo ya para que se reabra la investigación, si así lo creyere la Honorable Sala, ya para que se haga un estudio más a fondo de este punto que tienen (sic) para mí grave importancia en el asunto de que se trata”.

## Se considera:

Produciría desazón en los administradores de justicia la anterior solicitud del señor Rivas Putnam, si el derecho penal no exigiera interpretar los actos humanos a la luz de las doctrinas de la psicología y de la psiquitría, que enseñan que los hombres se guían por los sentimientos y no por las ideas, y que estas últimas no los convencen sino cuando son conformes con sus deseos o aspiraciones.

Porque es el caso que en la anterior providencia de esta Sala, después de hacer un recuento minucioso de las actuaciones cumplidas en los incidentes de inventarios adicionales y de exhibición de libros, se explicó en detalle por qué el Tribunal había proferido los fallos sobre el particular. No solamente expone la Corte lo acaecido en el punto sometido a su decisión; sino que transcribe en gran parte el concepto de la Procuraduría, que es claro por demás.

El recurrente se contenta con aseverar que la Sala no estudio el problema; pero como sí se hizo un análisis a fondo de las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a su decisión, basta decirlo así, y decirlo con autoridad, aunque el peticionario no lo acepte, como no lo aceptará, según lo acredita todo este proceso.

Para que se emprendiera una revisión de la providencia de 5 de marzo, hubiera sido necesario que el recurrente le hubiera hecho ver a la Sala qué puntos dejaron de analizarse con el cuidado debido, como se estima que se estudiaron. Y así las cosas, para contestar por qué el Tribunal ordenó una notificación en la exhibición de libros,

abría que reproducir lo dicho en aquel fallo, donde claramente se explicó qué fue lo ocurrido, como se repite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autori-

dad de la ley, **NO REPONE** su providencia de cinco de marzo último.

Cópiese y notifíquese.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## EFECTOS JURIDICOS DE LA ORDEN DE CONSULTA DE UNA SENTENCIA

La sentencia —según la doctrina— es el acto jurisdiccional que define la relación de Derecho Penal entre el delincuente y el Estado, relación que ha sido el objeto de un determinado proceso, construido bajo la dirección de un Juez determinado según las normas de la ley procesal.

La consulta de una sentencia —al ordenarse y someterse a la decisión superior—, establece otra relación jurídico-procesal, no entre las partes, sino entre los sujetos procesales, esto es, entre el Juez y el Tribunal, lo que importa para éste, no la potestad o facultad, sino la obligación, de decidir sobre la sentencia consultada; si la decisión del Tribunal, en consecuencia, se concreta a otra sentencia dictada por distinto Juez, que no se le ha sometido a revisión, destruye la relación jurídica que —por virtud de la consulta— lo liga al Juez del proceso, es decir, no falla sobre la consulta; y la sentencia que se dicte no es la que define la relación objeto del proceso, sentencia desprovista, por lo tanto, de todo valor jurídico.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

## Vistos

El defensor de Otoniel Mesa, procesado por homicidio en la persona de Julio Gómez, recurrió en casación —con base en las causales primera, segunda, tercera y cuarta— contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, mediante la cual dispuso lo siguiente:

a) Declarar nulo el proceso desde el auto del Tribunal, dictado el veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, en el que —a su vez— declaró nulo el mismo proceso a partir del auto de proceder de primer grado del primero de abril de mil novecientos cuarenta y uno, y

b) Confirmar la sentencia del nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Juez 1º Superior de Popayán, en la cual —con aplicación de los artículos 362 y 365 del estatuto penal— Mesa fue condenado a la pena principal de cuatro años, por el homicidio en Julio Gómez, cometido el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, en el sitio de “Monserate”, Corregimiento de Arboledas, Municipio de Mercaderes.

Como ya se han cumplido todas las normas del estatuto procesal, la Corte decide el recurso en el presente fallo, previo resumen de los actos y providencias que culminaron en la sentencia impugnada.

## I.—El proceso penal contra Mesa

La sospecha de Julio Gómez de que su esposa Sara Urbano mantenía relaciones ilícitas con Otoniel Mesa y el haberlos sorprendido en el acto carnal (según Mesa), conforme al denuncia, fue el origen del choque personal en que, en el sitio y día mencionados, uno y otro se empeñaron con las siguientes consecuencias: Gómez causó a Mesa una herida en la región frontal izquierda, y Mesa a Gómez una herida —con arma cortante— en la parte central de la cabeza y varias contusiones en las regiones renal y pulmonar posterior que —según los médicos— por ser tuberculoso crónico, le precipitaron la pleuresía purulenta que produjo la muerte veinte días después.

El Corregidor de Arboledas, con base en el denuncia de Gómez, inició el proceso respectivo, en el que —continuado por el Alcalde de Mercaderes y el Juez 1º Superior de Popayán— se dictaron las siguientes providencias:

a) Auto de proceder de primer grado, del primero de abril de mil novecientos cuarenta y uno (107), contra Mesa, responsable de homicidio inercial “como consecuencia de la violencia que sufrió y en gracia de la cual le sobrevino una pleuresía purulenta doble de carácter simplemente mortal —dice el auto— sin que eso sea óbice para que por el jurado de conciencia se contemple o el caso establecido por el artículo 365 del Código Penal o algunas de las circunstancias a que

se refiere el artículo 25 en su relación con el artículo 27 de la misma obra”;

b) Auto de proceder de segundo grado, del treinta de julio del mismo año, mediante el cual confirmó el de primer grado, pero rechazando toda posibilidad de la legítima defensa sugerida por el Juez;

c) Auto del diez de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, sobre formulación del cuestionario (dos cuestiones, una sobre el hecho y otra sobre el propósito): primera, si Mesa ocasionó a Julio Gómez una herida cortante en la cabeza y fuertes contusiones sobre la pared torácica, acarreándole una pleuresía doble, traumática y supurada, lesiones esas de carácter simplemente mortal que le complicó la tuberculosis pulmonar que padecía y le acarreo la muerte diez y ocho días después de ser herido”, y la segunda, si ejecutó tal hecho con el propósito de matar a Julio Gómez;

d) Veredicto del jurado, de fecha ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, según el cual Mesa no ejecutó tales hechos con el propósito de matar a Gómez, sino con el de herirlo;

e) Sentencia de primer grado, del nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, mediante la cual —interpretando el veredicto como homicidio ultraintencional— se impuso a Mesa la pena de cuatro años de presidio;

f) Auto del Tribunal, del veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, por el cual, a solicitud del Fiscal, y con fundamento en el artículo 198 (8º) del Código de Procedimiento Penal, se decretó la nulidad del proceso, desde el auto de proceder inclusive, por cuanto, conforme al veredicto, se trata de lesiones personales y no de homicidio, lo que requiere nueva calificación por el Juez competente (de Circuito);

g) Auto del Juez de Circuito del Bordo, del veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y siete, por medio del cual a petición del Personero de Patía, y en atención a que, según los Médicos Legistas Gómez debió estar incapacitado durante veinticinco días, a que el delito se ejecutó en agosto de mil novecientos treinta y nueve, a que la pena máxima imponible a Mesa sería de dos años de prisión (artículo 372), declaró prescrita la acción penal y ordenó cesar todo procedimiento y consultar esta providencia;

h) Sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del cuatro de diciembre del mismo año, por la cual —como ya se expuso— declaró la nulidad del proceso a partir del auto del mismo Tribunal del veintiseis de julio de mil novecientos cuaren-

ta y cinco (mencionado en el ordinal f) de esta enumeración), y confirmar la sentencia del Juez 1º Superior, del nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, es decir, aquella en que se impuso a Mesa la pena de cuatro años de presidio como responsable de homicidio ultraintencional (señalada en la numeración con la letra e); e.

i) Actos del Tribunal y de la Corte, de fechas cuatro de febrero y primero de julio del año pasado, respectivamente, por los cuales el primero concedió y el segundo admitió el recurso de casación que el defensor de Mesa interpuso contra la sentencia mencionada en el ordinal anterior.

### III.—La demanda de casación

El recurrente impugna la sentencia por cuatro motivos: por violación de la ley penal, por errada interpretación o apreciación de los hechos, por desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y el veredicto del jurado, y, finalmente, por nulidad del proceso.

Estos motivos los funda en los razonamientos que en seguida se resumen.

Violó el Tribunal los artículos 362, 365 y 372, porque tratándose —como el jurado lo reconoció— de un delito de lesiones personales, lo sancionó como homicidio ultraintencional; es decir, aplicó los artículos 362 y 365 en vez del artículo 372, violando así aquellos porque los aplicó y el último porque dejó de aplicarlo.

Apreció erradamente los hechos porque no tuvo en cuenta circunstancias modificadoras, como la riña, que —a pesar de estar probada— no se registró en el auto de proceder ni se incluyó en el cuestionario propuesto al jurado.

Dictó sentencia en desacuerdo con el auto de proceder, porque no tuvo en cuenta la riña, señalada en el enjuiciamiento; y en desacuerdo con el veredicto porque no aplicó la pena señalada a las lesiones, que fue el delito que reconoció el jurado.

Finalmente, el juicio es nulo por estas razones: se llamó a juicio a Mesa por homicidio en vez de lesiones, incurriendo así en error en la denominación jurídica del delito; se aplicó el procedimiento propio de los juicios de competencia de los Jueces Superiores, y no de los de competencia de los Jueces de Circuito, que es el legal, por la especie de delito (lesiones), es decir, el juicio se siguió ante juez incompetente; el Fiscal del Juzgado 1º Superior actuó a pesar de hallarse impedido; el cuestionario se formuló sin consideración a la ley

4º de 1943 vigente el día de la audiencia a tiempo que ésta se celebró conforme a esa ley, involucrando así dos sistemas procesales opuestos; y, por último, la sentencia recurrida se dictó sobre un proceso que anteriormente el mismo Tribunal había ya anulado, y ordenado, como consecuencia, se enviara al Juez de Circuito para que calificara el delito (lesiones) reconocido por el jurado.

El recurrente, además, invoca la prescripción, en atención a que se trata de delito de lesiones.

### III.—Estudio del recurso

El que se haya impugnado la sentencia —entre otras— por razón de nulidad, obliga a la Corte a estudiarla de primera, por cuanto si —como lo juzgan Procurador y recurrente— tiene la base legal requerida, carecería de toda utilidad estudiar los restantes.

Siendo así que de los varios motivos de nulidad que se propusieron —error en la denominación jurídica del delito, incompetencia del Juez Superior, intervención del Fiscal impedido, aplicación del sistema de cuestionarios derogado y fallo sobre un proceso anulado— este último tiene mayor importancia por cuanto afecta la esencia de la relación jurídica procesal; ello induce a darle preferencia en el estudio, con la reserva de hacer posteriormente breves consideraciones sobre los otros.

Lo que ha de resolverse es si el Tribunal, al decidir la consulta del Juez del Circuito sobre la sentencia que declaró prescrita la acción por lesiones, podía abstenerse de estudiarla y revivir, en cambio, el proceso por el mismo Tribunal anulado por causa de error en la denominación jurídica del delito de homicidio, y condenar por éste último.

La sentencia del Tribunal afecta sustancialmente dos instituciones que son parte del proceso, entendido éste como relación jurídica, reguladas, por lo tanto, por la misma ley procesal que las creó, y cuyo desconocimiento o deformación desintegran —como va a deducirse— la unidad lógica del proceso. Esas instituciones, que en seguida se analizan frente a la actuación del Tribunal, son la consulta y la sentencia.

La sentencia —según la doctrina— es el acto jurisdiccional que define la relación de Derecho Penal entre el delincuente y el Estado, relación que ha sido el objeto de un determinado proceso, construido bajo la dirección de un juez determinado según las normas de la ley procesal.

La consulta de una sentencia, al ordenarse y so-

meterse a la decisión superior, establece otra relación jurídico-procesal, no entre las partes, sino entre los sujetos procesales, esto es, entre el Juez y el Tribunal, lo que importa para éste, no la potestad o facultad, sino la obligación, de decidir sobre la sentencia consultada; si la decisión del Tribunal, en consecuencia, se concreta a otra sentencia dictada por distinto Juez, que no se le ha sometido a revisión, destruye la relación jurídica que, por virtud de la consulta, lo liga al Juez del proceso, es decir, no falla sobre la consulta; y la sentencia que se dicte no es la que define la relación objeto del proceso, sentencia desprovista, por lo tanto, de todo valor jurídico.

El Tribunal, como en seguida se afirma, se apartó en un todo de estos principios fundamentales. Confirmó la sentencia, no consultada ni apelada, de un Juez Superior, dictada en un proceso por homicidio, antes anulado, esto es, jurídicamente inexistente, en vez de revisar la del Juez del Circuito —esa sí consultada— dictada en el proceso por lesiones que sustituyó al anulado.

Además —como lo anota el Procurador Delegado— en el momento de dictar el fallo recurrido no había auto de proceder por homicidio, ni veredicto, ni sentencia, en virtud de la nulidad de aquel proceso decretada por el mismo Tribunal, sino únicamente el proceso por lesiones, aún no calificado, en el que se había declarado la prescripción consultada.

De los breves razonamientos acabados de exponer se derivan las siguientes conclusiones:

a) Que la sentencia recurrida es nula porque, mediante ella, el Tribunal confirmó una ya anulada y que, por ello, no se le podía haber consultado ni apelado, y

b) Que el Tribunal aún no ha resuelto la consulta de la sentencia del Juez de Circuito, solo para la cual era competente.

A idéntica conclusión llega el señor Procurador Delegado en lo Penal. Este funcionario, después de anotar las irregularidades en que incurrió el Tribunal —interpretación equivocada del veredicto y anulación de lo ya anulado para subsanar aquélla— conceptúa:

“La nulidad que entonces se presenta aquí —dice— es la de la propia sentencia recurrida que, al invalidarla, deja el proceso en el estado de que el Tribunal resuelva la consulta ordenada por el Juez del Circuito de El Bordo en relación con la providencia que dispuso cesar todo procedimiento por el delito de lesiones personales, conforme al artículo 153 de la ley 94 de 1938”.

Las demás objeciones, por motivos de nulidad, no son aquí pertinentes, por cuanto ellas se hicieron en consideración al proceso por homicidio, ya anulado, y no al proceso por lesiones.

#### IV.—El fallo de la Corte

Invocada y fundada que ha sido —como se ha expuesto— la cuarta causal de casación, así debe declararse, y —como lo pide el Procurador— “casarse el fallo demandado del Tribunal Superior de Popayán, para los fines antes indicados, es decir, para que resuelva la consulta ordenada por el mencionado Juez del Circuito”.

En consecuencia, 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 conformidad con el concepto del Procurador Delegado,

#### Resuelve:

a) Infirmar, como en efecto infirma, la senten-

cia del Tribunal Superior de Popayán, del cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual, previa anulación del proceso por lesiones, condenó a Otoniel Mesa a la pena de cuatro años de presidio por el delito de homicidio ultraintencional en la persona de Julio Gómez, y

b) Devolver el proceso al mencionado Tribunal para que decida la consulta sobre la sentencia del Juez del Circuito del Bordo, del veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual declaró prescrita la acción penal por lesiones contra el mismo Otoniel Mesa y ordenó, por lo tanto, cesar contra él el procedimiento y consultar dicha providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## INTERPRETACION DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 5º DE 1943 SOBRE CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS QUE SE ADELANTAN CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

El alcance de la ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues, sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatar el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras.

El hecho mismo de que el Gobierno envíe a la Corte la solicitud sobre el cambio de radicación con el objeto de obtener “el concepto correspondiente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 del Código de Procedimiento Penal y 5º de la ley 5ª de 1943” —como lo dice el despacho remitido— está indicando la necesidad de la comprobación, más o menos aceptable, de los requisitos a que se refiere el artículo 58 para fundamentar el concepto. Si tales requisitos no se exigieran, por tratarse de procesados pertenecientes a la Policía Nacional, el Gobierno resolvería de plano el cambio de radicación, sin concepto favorable de la Corte, ya que ésta no podría darlo sin tener la convicción de la conveniencia para la recta administración de justicia o de la necesidad de conservar la salud del procesado, cuestión que no podría adquirirse sin los elementos necesarios para ello.

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

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre)

El Ministerio de Justicia por conducto de su Departamento Jurídico remite a esta Sala de la Corte, la solicitud formulada a ese Ministerio por el señor Director General de la Policía Nacional, sobre el cambio de radicación de la causa que contra los ex-agentes de la mencionada institución, señores Jaime Cubides Hernández, Luis A. Buitrago Yepes y Carlos Julio Castilla, por el delito de homicidio en la persona de José Antonio Parada, se adelanta ante el Juzgado Superior de Ocaña.

La solicitud está acompañada de los siguientes documentos:

a) Copia debidamente autenticada del auto de dos de marzo del año próximo pasado, pronunciado por el señor Juez Superior de Ocaña, en virtud del cual sobresee definitivamente en favor de los procesados Luis A. Buitrago Yepes, Jaime Cubides Hernández y Carlos Julio Castilla por el delito de homicidio en la persona de José Antonio Parada; y

b) Copia autenticada de la providencia de veintiocho de agosto del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en virtud de la cual revoca el sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Superior de Ocaña en favor de los procesados Buitrago Yepes, Cubides Hernández y Carlos Julio Castilla, y en su lugar, abre causa criminal, con intervención del jurado, en contra de los prenombrados sujetos, por el delito de homicidio en la persona de José Antonio Parada.

Fundamenta el señor Director de la Policía Nacional la solicitud sobre el cambio de radicación en lo que al respecto dispone la ley 5ª de 1943, afirmando que para obtener el cambio de radicación de la causa en referencia “basta demostrar que el delito se ha cometido en ejercicio de funciones policivas”.

El artículo 5º de la ley 5ª de 1943 modificó el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal en lo relativo a las causas criminales que se sigan contra los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Detectives de la Policía Nacional por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, “aunque no se reúnan las condiciones gene-

ales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales". Y dispone —el artículo 5º citado— que para dicho cambio no podrá ser exigida sino una ciudad cabecera de Distrito Judicial, en donde funcione más de un Juzgado Superior o más de un Juzgado de Circuito Penal, según el caso.

Los requisitos exigidos por el artículo 58 del Código Procedimental son: o el de conveniencia para la recta administración de justicia, o el de necesidad por motivos de enfermedad grave del procesado que exija cambio de clima o de residencia del mismo; el de concepto favorable de la Corte, y el de que la solicitud sea formulada por una de las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso penal.

El alcance de la ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental, según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues, sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatar el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras.

El hecho mismo de que el Gobierno envíe a la Corte la solicitud sobre el cambio de radicación con el objeto de obtener "el concepto correspondiente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 del Código de Procedimiento Penal y 5º de la ley 5ª de 1943" —como lo dice el despacho remisorio— está indicando la necesidad de la comprobación, más o menos aceptable, de los

requisitos a que se refiere el artículo 58 para fundamentar el concepto. Si tales requisitos no se exigieran, por tratarse de procesados pertenecientes a la Policía Nacional, el Gobierno resolvería de plano el cambio de radicación, sin concepto favorable de la Corte, ya que ésta no podría darlo sin tener la convicción de la conveniencia para la recta administración de justicia o de la necesidad de conservar la salud del procesado, cuestión que no podría adquirir sin los elementos necesarios para ello.

En el presente caso no se ha traído prueba alguna de donde pudiera desprenderse la conveniencia del cambio de radicación solicitado por el señor Director General de la Policía Nacional. El hecho de que el delito sea de competencia de un Juez Superior y que la causa se adelante contra personas de la Policía Nacional, por circunstancias resultantes del ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, en manera alguna puede determinar, por sí solo, un concepto favorable al cambio de radicación en cuestión.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, EMITE CONCEPTO DESFAVORABLE, por ahora, al cambio de radicación de la causa seguida ante el Juzgado Superior de Ocaña, por el delito de homicidio, en la persona de José Antonio Parada, contra los ex-agentes Jaime Cubides Hernández, Luis A. Buitrago Yepes y Carlos Julio Castilla.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS QUE SE ADELANTAN CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como esa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que, la ley 5ª de 1943 consagró una especie de presunción, como es la de que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos recaiga la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras, es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Para que esta Sala emita el concepto de que habla el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, ha remitido el Ministerio de Justicia la solicitud de cambio de radicación del proceso que por homicidio y prevaricato se adelanta en el Juzgado Superior de Pereira contra Abelardo Duque y otros.

El Juez Superior de Pereira certifica que en ese despacho cursa el sumario a que se hace alusión, el cual se adelanta por los hechos delictuosos ocurridos en aquella ciudad el siete de febrero último; que los sindicados son oficiales, agentes y empleados civiles de la policía nacional; que el origen de los sucesos fue "meramente político"; que las víctimas están muy vinculadas a los habitantes de aquella población; que los acusados, tanto en la prensa hablada como en la escrita, han

sido objeto de severas críticas por parte "del bando a que pertenecieron los occisos y pertenecen los lesionados"; y que, por tanto, "existe en la ciudad de Pereira un pésimo ambiente social y político, perjudicial desde cualquier punto de vista para los procesados".

El Fiscal del mismo Juzgado también certifica que los acusados pertenecen a las fuerzas de la policía y que los hechos se realizaron "en ejercicio de las funciones propias de dicho cuerpo"; que desde antes de los sucesos del siete de febrero existía en esa ciudad "un ambiente de franca animadversión contra la policía, por motivos políticos" y que "de ese clima de odio surgió la tragedia del siete de febrero".

Se considera:

El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal faculta al Gobierno para cambiar de radicación un proceso criminal, cuando ello se estime conveniente para la recta administración de justicia, y el 5º de la ley 5ª de 1943 facultó al Gobierno para hacer dicho cambio, en tratándose de miembros de la policía nacional, "por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas" al efecto.

No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como esa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que, la ley citada consagró una especie de presunción, como es la de que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos recaiga la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras, es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia.

En el caso en estudio, no solamente se acusa a miembros de la policía de haber ejecutado hechos delictuosos en ejercicio de sus funciones, sino que afirma que los sucesos tuvieron su origen en pasiones banderizas o de partido y que, consecuentemente, hay un ambiente de poca serenidad para llevar los procesos a su término, lo cual no consulta los intereses de la justicia. Así lo certifican, no solo el Juez del conocimiento, sino el fiscal del Juzgado, a quien la ley ha encargado que procure, como representante de la sociedad, la sanción de los infractores de la ley penal" (artículo 92 del C. de P. P.).

Razones suficientes para que la Corte, en Sala Penal, CONCEPTUE FAVORABLEMENTE al cambio de radicación del proceso de que se viene hablando.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómze Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## RECURSO DE REVISION. — CAUSAL 1ª DE REVISION. — RESPONSABILIDAD PENAL

1.—En materia penal el problema de la responsabilidad es individual y esto sirve de base para que el tribunal de conciencia pueda absolver a unos procesados y condenar a otros, según los fundamentos probatorios que militen en contra de cada uno de ellos. Si esto no fuera así, el juzgador de derecho estaría en la imposibilidad de sancionar a unos y absolver a otros en desarrollo del veredicto del jurado.

2.—Si el jurado afirmó la responsabilidad de Evangelista Calpa como autor de los delitos de homicidio y robo y negó la responsabilidad de los otros procesados, la sentencia que lo condena no puede ser revisada por la causal primera del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, ora por la imposibilidad lógica y física de demostrar la existencia de dos fallos contradictorios, ya también, porque la sentencia contra la cual se ha interpuesto recurso de revisión contiene únicamente la condena de Evangelista Calpa y no contempla el caso de la causal alegada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

### Vistos

En demanda de 12 de noviembre de 1947 el doctor Hermenegildo Bonilla, apoderado judicial de Evangelista Calpa, propone recurso de revisión contra la sentencia de ocho de febrero de mil novecientos treinta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por la cual se condenó a su representado a la pena principal de veinte años de presidio, más cinco años de reclusión, por violación de los artículos 598, 586, 773 y 785 del Código Penal de 1890, y a las accesorias de pérdida de todo empleo o pensión y privación del ejercicio de los derechos políticos.

### Antecedentes

José María Rojas y Dominga Maimba tenían su casa de habitación en la sección denominada "La Chorrera" del distrito municipal de Puerres. El 26 de mayo de 1936 cuando los citados esposos en compañía de sus hijas María Dolores y Agueda se encontraban dedicados a sus labores domésticas, sorpresivamente se presentaron tres individuos y sin mediar ofensa alguna procedieron a ultrajarlas de palabra y de obra, cuando María Dolores trató de subir una escalera que conducía al sobrado de la casa, la aprehendió Evangelista Calpa, la arrojó al suelo donde fue ultimada por éste y sus compañeros. Posteriormente amarraron a sus víctimas y se llevaron varios objetos de propiedad de los esposos Rojas Maimba.

El Juzgado Segundo Superior los llamó a responder en juicio por los delitos de homicidio, heridas, golpes, malos tratamientos y robo, previstos y sancionados en el Código Penal de 1890, providencia ésta que fue confirmada por el Tribunal.

Cumplidos los trámites procesales el Juzgado dictó sentencia condenatoria en contra de Evangelista Calpa, fallo que fue confirmado por el respectivo Tribunal con fecha ocho de febrero de mil novecientos treinta y nueve, en la cual se condenó a su autor a las penas a que antes se hizo mención.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y la Corte en providencia de 20 de octubre de 1939 no invalidó la providencia proferida por el Tribunal de Pasto.

### Recurso de revisión

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal se ha pedido revisión de la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto de fecha 8 de febrero de 1939 y como causales del recurso se invocan las de los numerales 1º, 4º y 5º de la ley 94 de 1938.

Aunque la demanda no reúne los requisitos del Código de Procedimiento Penal en relación con los fundamentos de hecho y de derecho en que se

oya la solicitud, sin embargo la Sala de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, prole a su estudio.

### Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público al contestar el estado de la demanda hace un estudio detenido de ella y demuestra plenamente que las caules alegadas y los hechos en que se fundan no tienen valor alguno para que la Corte pueda detetar el recurso de revisión.

### Demanda

Los fundamentos en que se apoyan las causas primera, cuarta y quinta son idénticos y ellos pueden sintetizarse así:

1º—En el proceso existe prueba suficiente de que Rafael Pinchao figuró como autor de los delitos imputados a Evangelista Calpa, prueba que no fue apreciada por los juzgadores de instancia.

2º—Evangelista Calpa durante el proceso ocultó el nombre de su compañero Rafael Pinchao que vino a delatar o acusar en el acto de la audiencia pública, acusación respetable porque se respalda en los testimonios de María Dominga Maimba y Gonzalo Merino.

3º—La intervención de Evangelista Calpa se redujo únicamente a la sustracción del dinero y objetos de dicha casa, pero no al homicidio, pues, hay que suponer y ello es lógico, que mientras Calpa ejecutaba el robo, tenía que existir otra u otras personas que ejecutaban el homicidio y ésta no es otra que Rafael Pinchao".

4º—Hace 11 años que Evangelista Calpa paga una pena por un delito que él confiesa no haber cometido como es el homicidio.

5º—Teniendo en cuenta la forma como se juzgó a Evangelista Calpa "cabe revisar la causa para apreciar la prueba que no se apreció conforme a las normas del análisis del testimonio humano".

6º—Existen "hechos nuevos que aparecen de las declaraciones de Gonzalo Merino, María Dominga Maimba y de la confesión de Calpa que no se tuvieron en cuenta, y que por lo menos constituyen graves indicios contra los acusados por Calpa, y en favor de la inocencia o irresponsabilidad de éste en cuanto a lo que respecta al delito de homicidio y heridas que se tuvieron en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria".

### Pruebas

A la demanda se acompañaron las sentencias

proferidas por el Juzgado Segundo Superior, por el Tribunal del Distrito Judicial de Pasto y la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia por la cual no se invalida la sentencia pronunciada contra Evangelista Calpa.

También se trajeron en copia las declaraciones de Gonzalo Merino, María Dominga Maimba y el acta de la audiencia celebrada en dicho negocio. En el término probatorio del recurso de revisión, se recibieron los testimonios de Vidal y Misael Guaranguay, José Merino y Rafael Pinchao, quienes deponen sobre la conducta de Evangelista Calpa, pero no afirman nada en relación con el lugar en donde se encontraba el penado Calpa el día en que se realizaron los hechos.

### Causal primera

La tesis central de la demanda es la de establecer la coparticipación criminosa de Rafael Pinchao en los delitos de homicidio (asesinato) y robo, por los cuales fue sancionado Evangelista Calpa, pues según el recurrente éste sólo es responsable del delito de robo.

Pero esta tesis y los hechos en que ella se fundan fueron materia del debate dentro del proceso en las respectivas instancias del juicio, y ante la Corte en recurso de casación.

La primera oportunidad en que se planteó este tema fue en la diligencia de audiencia. Entonces se dijo que la intervención de Calpa se había concretado únicamente al delito de robo "y que el jurado debía tener en cuenta la sinceridad del relato que hacía su defendido en la indagatoria respectiva y que por lo mismo debía recibir sanción en lo referente a ese delito y que no habiendo intervenido en los demás sucesos porque se le había llamado a juicio, el jurado estaba en la obligación de contestar negativamente las otras series del cuestionario".

En los juicios por jurado quien califica los hechos y decide la responsabilidad de sus autores o coparticipes es el Juri y no el juez de derecho, de manera que reconocida la responsabilidad para uno de sus autores y negada para otros, la sentencia tiene que ceñirse al veredicto del Jurado que es el fundamento inmediato de aquella. En materia penal el problema de la responsabilidad es individual y esto sirve de base para que el Tribunal de conciencia pueda absolver a unos procesados y condenar a otros, según los fundamentos probatorios que militan en contra de cada uno de ellos. Si esto no fuera así, el juzgador de dere-

cho estaría en la imposibilidad de sancionar a unos y absolver a otros en desarrollo del veredicto del Juri.

Si el jurado afirmó la responsabilidad de Evangelista Calpa como autor de los delitos de homicidio y robo y negó la responsabilidad de los otros procesados, la sentencia que lo condena no puede ser revisada por la causal primera del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, ora por la imposibilidad lógica y física de demostrar la existencia de dos fallos contradictorios, ya también, porque la sentencia contra la cual se ha interpuesto recurso de revisión contiene únicamente la condena de Evangelista Calpa y no contempla el caso de la causal alegada.

"...Del hecho de que se haya ignorado —dice la Procuraduría— que otra persona actuó en el delito y se le dejó por fuera de la investigación, no se deduce la inocencia de quien aparece condenado mediante el trámite de las formalidades propias del juicio y con prueba suficiente de su responsabilidad. Eso querrá decir que el juzgador no comprendió a todos los delincuentes y que algunos de ellos gozaron de la impunidad, pero nada más. La culpabilidad de los distintos cooperadores es siempre individual, y nada se opone a que el jurado absuelva a unos y condene a otros, si la prueba es distinta para cada uno; o que más tarde, recogidos nuevos elementos de convicción, se llamen a responder en juicio a todos aquellos sujetos que participaron en el delito y que, en un principio, estuvieron ocultos a los ojos de la justicia".

#### Causal cuarta

Invoca el recurrente la causal cuarta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal por haberse dictado sentencia condenatoria con base en algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso.

Pero en relación con esta causal y por ser deficiente la demanda, la Sala no puede formarse un juicio concreto sobre el documento o prueba secreta que no existiendo en el proceso, sirvió de base para que los juzgadores de instancia pronunciaran la respectiva sentencia.

La prueba o documento secreto de que habla la ley, es aquella que permanece oculta, ignorada o desconocida en el proceso y que por la reserva o desconocimiento de ella, no pudo ser conocida previamente por el apoderado o defensor del sindicado o procesado, y que el funcionario prevalido de

su carácter de fallador la tuvo en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria.

1º—La demanda no contiene la sugerencia o hipótesis de que la sentencia condenatoria dictada en contra de Calpa se hubiera pronunciado teniendo como base de ella un documento o prueba secreta que no existía en el proceso.

2º—Cuando se alega esta causal deben comprarse aunque sea sumariamente los hechos en que se funda, pues, no basta la sola enunciación de ella, sino que es necesario expresar los fundamentos de hecho y de derecho en la forma determinada por el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que la Sala tenga una pauta para iniciar el estudio del recurso, porque la función de la Corte, en el recurso extraordinario de revisión no es la de suplir o completar el pensamiento del recurrente, sino la de estudiar las tesis y los hechos que sugiere el demandante para determinar si el recurso es o no procedente.

En consecuencia la causal no prospera.

#### Causal quinta

Afirma el recurrente que existen "hechos nuevos que aparecen de las declaraciones de Gonzalo Merino, María Maimba y de la confesión de Calpa, que no se tuvieron en cuenta y que por lo menos constituyen graves indicios contra los acusados por Calpa y en favor de la inocencia o irresponsabilidad de éste en cuanto al delito de homicidio y heridas que se tuvieron en cuenta para pronunciar la sentencia condenatoria".

El cargo enunciado anteriormente hace referencia directa a la causal comprendida en el numeral quinto del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Las declaraciones de Gonzalo Merino, María Dominga Maimba y la confesión de Calpa, sobre la participación que pudiera tener Rafael Pinchao en la comisión de los delitos de homicidio y robo, fueron objeto de debate en las instancias del juicio, y esa prueba, en relación con la responsabilidad de sus autores fue debidamente apreciada por el jurado y sobre ella pronunciaron su veredicto. Si esos testimonios y la confesión de Calpa fueron desechados por el tribunal de conciencia para pronunciar un veredicto absolutorio en favor de los otros procesados, ese veredicto resulta hoy intocable.

"El recurso de revisión —ha dicho la Corte— no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se

pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros o aún entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte”.

La prueba testimonial allegada por el recurrente como hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo del debate no son de aquellos que contempla la causal quinta del artículo 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 constituye un flagrante error judicial.

Las declaraciones recibidas en el término probatorio de este recurso no sugieren la posibilidad de la inocencia o irresponsabilidad del condenado, ya que ni siquiera constituyen indicios graves sobre la inocencia o irresponsabilidad del condenado, esos testimonios hacen referencia a la conducta observada por Evangelista Calpa antes de la comisión de los delitos, y en cuanto a su responsabilidad y al lugar o sitio en que dice el demandante estuvo el condenado omiten declarar.

“La coartada que quiso establecer el abogado de-

mandante —dice la Procuraduría— resultó fallida, y además la contradice el mismo sentenciado Calpa, quien acepta plenamente haber estado en el sitio donde se consumaron el homicidio y el robo”.

Al final de la demanda se alega también, como motivo de revisión, el que a Evangelista Calpa se le hubiera aplicado el Código Penal de 1890, en vez del que actualmente rige, siendo así que éste último era más favorable al procesado”.

“Mas este punto sólo es pertinente en las instancias del juicio y en el recurso de casación, mas no en el de revisión, que en nada se relaciona con la penalidad aplicable al delincuente”.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, NIEGA el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Evangelista Calpa contra la sentencia de 8 de febrero de 1939 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Envíese esta actuación —con el expediente original— al Juzgado Segundo Superior de Pasto.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## DELITOS DE FALSEDAD Y PREVARICATO. — FACULTADES DEL JUEZ EN LOS JUICIOS DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

1.—La falsedad en documentos privados sólo es punible cuando se hace en perjuicio de terceros o con la intención de causarlo; entonces la fe pública se tutela mediata o indirectamente, en virtud de que se toma pie en el escrito privado para lesionar intereses ajenos, ya patrimoniales o de otro orden.

2.—Lo que es esencial en toda falsedad, es que el agente proceda dolosamente (no hay falsedad por culpa), esto es, con la conciencia de alterar la verdad y la voluntad de producir un juicio falso sobre determinado hecho o situación jurídica. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso, no toda inexactitud en escritos, ni el simple error que en ellos se cometa, constituyen falsedad.

3.—En los juicios de deslinde y amojonamiento el Juez tiene potestad plena dentro de la diligencia para fijar las líneas divisorias de los predios SUB JUDICE y para tomar, en consecuencia, todas las medidas que tiendan a hacer efectiva la colocación de los mojones, sin necesidad de dictar autos previos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 869 del Código Judicial, en estos juicios el Juez falla dentro de una diligencia, señalando los linderos y haciendo poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria. Hecho lo cual el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada.

Y el artículo 871 del mismo estatuto procedimental dispone que si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, no se formula oposición, el Juez, a solicitud de parte, dicta el fallo que declara en firme el deslinde.

De lo anterior se desprende que es inoponible el cargo de prevaricato que el denunciante hace consistir en el hecho de que el Juez, sin haber dictado ninguna providencia en el juicio, oficiara a las Empresas públicas Municipales de Barranquilla —demandadas— para que se les permitiera a los peritos en-

trar a un predio de propiedad del señor Candil Atienza, a fin de que tales peritos fijaran los mojones. Pues, ya se vio, que tal exigencia no requería auto previo, toda vez que la diligencia de 17 de abril de 1941, se autorizó a los peritos para que procedieran a la fijación de mojones en los lugares que han de ser deslindados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en providencia de dieciseis de noviembre del año próximo pasado, que por consulta debe revisar la Corte, sobreseyó definitivamente en favor del doctor Rafael D'Andreis Lanao, sindicado de los delitos de falsedad y prevaricato, en su carácter de Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla.

El señor Rafael Candil y Atienza presentó denuncia contra el doctor Rafael D'Andreis Lanao, imputándole la autoría de los delitos de falsedad y prevaricato, que el denunciante hace consistir —el primero— en el hecho de que el denunciado en su carácter de Juez 3º del Circuito Civil de Barranquilla, en el juicio que ante dicho Juzgado adelantaba la señora Ana Silvia Molinares v. de Mesa, sobre deslinde y amojonamiento de un terreno de su propiedad denominado "El Modelo", suscribió la diligencia de inspección ocular de fecha 22 de marzo de 1941, llevada a cabo en dicho juicio, haciendo aparecer como perito al doctor Carlos A. Penso Urquijo, quien no estuvo presente durante la práctica de la mencionada diligencia. Y el segundo, en el hecho de que, sin haber dictado ninguna providencia en el mismo juicio, dirigió una nota a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla para que se les permitiera a los peritos entrar a un predio de propiedad del denunciante,

a fin de que dichos peritos fijaran los mojones; y porque, además, el Juez acusado, "antes de decretar el deslinde en mención ha debido hacer un estudio que lo llevara a la verdad de que los terrenos en que tal deslinde se iba a decretar los poseo con títulos irrefutables de propiedad desde hace treinta y cinco años o más".

Se considera:

Se halla plenamente acreditado el carácter de funcionario público que, como Juez del Circuito Civil de Barranquilla, tenía el procesado, hecho que se comprueba con el Acuerdo de nombramiento y correspondiente Acta de posesión. Queda así establecida la competencia del Tribunal de instancia y de la Corte, para conocer del proceso.

La señora Ana Silvia Molinares v. de Mesa demandó ante el Juez del Circuito de Barranquilla a ese Municipio y a otras personas; entre ellas, al denunciante Rafael Candil y Atienza, el deslinde y amojonamiento de un terreno de propiedad de la demandante, denominado "El Modelo":

Por auto de 21 de febrero de 1941, el Juzgado 3º del Circuito Civil, a cargo del doctor Juan David Montes, señaló la hora de las nueve de la mañana del 22 de marzo del mismo año, "para continuar la diligencia de deslinde y amojonamiento".

Llegado el día y hora para practicar la diligencia, ésta se realizó, siendo entonces Juez del Circuito el procesado doctor Rafael D'Andreis Lanao.

Es verdad que en el acta de la diligencia en cuestión se dice que concurren a ella como peritos los señores José Félix Gómez, Carlos A. Penso U. y Víctor García; pero es lo cierto que el doctor Penso llegó retardado a la diligencia y no alcanzó a intervenir en ella, motivo por el cual no firmó el acta respectiva.

Rafael Candil Atienza, uno de los demandados, basado en la irregularidad preanotada, pidió al Juez que declarara nula la respectiva actuación, y así lo resolvió el Juzgado en auto de fecha 3 de abril de 1941, en donde se dice:

"...En efecto, el día 22 de marzo el suscrito Juez, acompañado de su Secretario, del doctor Núñez y de los peritos Gómez y García se trasladó al lugar respectivo para practicar la diligencia de amojonamiento ordenada por auto de 21 de febrero. —El doctor Penso Urquijo dijo al suscrito Juez que estaría en el sitio de la diligencia a la hora indicada—. En vista de la diligencia que iba a practicarse, los peritos García y Gómez acordaron pedir un término prudencial para verificar el trabajo, previa la determinación del primer mojón. Así se hizo, e inmediatamente se empezó el acto de la

diligencia, en espera del doctor Penso U., para que, previa la observación del punto determinado, firmara en el acto la diligencia. El doctor Penso U., llegó al lugar cuando el Juzgado se había retirado; al firmarse la diligencia, por olvido involuntario, se omitió salvar donde aparece el nombre del doctor Penso U. —No hubo, pues, como parece afirmarlo el memorialista, o su asesor jurídico, el ánimo preconcebido de hacer firmar diligencias judiciales a personas que no concurren a ellas—. Norma invariable e inquebrantable ha sido para este Despacho, la de someterse y sujetarse a las disposiciones legales. Como, por otra parte, de los artículos 868 y 869 del C. Judicial aparece que al acto del amojonamiento deben concurrir los peritos nombrados por las partes, sin determinación de una mayoría cualquiera, en vista precisamente de evitar procedimientos que pueden perjudicar a una de las partes, es el caso de resolver, como en efecto se resuelve: Declárase sin ningún valor legal el acta de la diligencia practicada el día 22 de marzo próximo pasado. En consecuencia, fíjase el día 17 de abril en curso, a las tres de la tarde, para practicar la diligencia de amojonamiento en este juicio".

Los hechos consignados en la providencia anterior, aparecen plenamente comprobados en este proceso, con el testimonio de las personas que concurren a la diligencia de deslinde y amojonamiento de que se trata.

Acaecidos así los acontecimientos, no aparece estructurado el delito de falsedad, que el denunciante le imputa al doctor Rafael D'Andreis Lanao, ya que el hecho de que se hubiera designado al señor Carlos A. Penso para que en calidad de perito interviniera en la diligencia de deslinde y amojonamiento; el que se le hubiera citado para concurrir, en día y hora previamente señalados, al acto en cuestión; el haber prometido Penso Urquijo— concurrir a la diligencia; y el ser costumbre encabezar las actas con los nombres de las personas que han sido citadas para la correspondiente actuación judicial, son circunstancias que explican satisfactoriamente el error en que se incurrió al hacer figurar al doctor Penso Urquijo como presente en la diligencia sin haber concurrido.

Por otra parte, el hecho de que el Juez acusado hubiera accedido inmediatamente a declarar la nulidad del Acta de deslinde tan pronto como el interesado le hizo el reclamo, y el no haberle permitido al perito doctor Penso firmar la diligencia que se había realizado sin su presencia, está indicando que jamás fue la intención del Juez la de consignar una mentira en el instrumento.

“En tratándose del delito de falsedad —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— la ley penal protege la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano y que están destinados a establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. Y cuando el ilícito se comete en un instrumento público, asume mayor gravedad, por cuanto ataca directamente la fe sancionada por el Estado mediante la intervención de funcionarios que le dan al documento fuerza de autenticidad y valor probatorio preconstituido. En cambio, la falsedad en escritos privados es menos grave, ya que éstos proceden de la mano de un particular y no valen por sí mismos, sino que es menester de su reconocimiento, exceptuando los instrumentos negociables.

“De ahí que la falsedad en esta clase de documentos sólo sea punible cuando se hace en perjuicio de terceros o con la intención de causarlo; entonces la fe pública se tutela mediata e indirectamente, en virtud de que se toma pie en el escrito privado para lesionar intereses ajenos, ya patrimoniales o de otro orden.

“Pero lo que sí es esencial en toda falsedad, es que el agente proceda dolosamente (no hay falsedad por culpa), esto es, con la conciencia de alterar la verdad y la voluntad de producir un juicio falso sobre determinado hecho o situación jurídica. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso, no toda inexactitud en escritos, ni el simple error que en ellos se cometa, constituyen falsedad....”.

En cuanto al cargo de prevaricato que el denunciante le imputa al Juez acusado, no aparece la menor prueba que indique la realización, por parte del Juez, de acto arbitrario o injusto contra el demandado Rafael Candil Atienza, por animadversión hacia éste, o por simpatía hacia la parte contraria, en el juicio de deslinde y amojonamiento de que se ha hablado.

El oficio que el Juez doctor D'Andreis Lanao dirigió al Director de las Empresas Públicas Municipales —en el cual estriba el denunciante el cargo de prevaricato— para que se le permitiera a los peritos llenar su cometido, no requería auto previo, puesto que en el oficio respectivo se dice que “por ordenaciones contenidas en la diligencia de fecha diecisiete del presente mes, practicadas dentro del juicio especial de deslinde y amojonamiento promovido por doña Ana Molinares viuda de Mesa contra el señor Rafael Candil y Atienza y otros,

ha autorizado a los doctores Carlos A. Penso U. Víctor M. García y José Gómez, para que procedan a la fijación de mojones en los lugares que han de ser deslindados. Valga, pues, la anterior manifestación para que usted se digne conceder permiso a los doctores ya nombrados, en vía de obtener la fijación de mojones en terrenos del barrio de “El Modelo” que aparezcan ocupados por esas empresas”.

En esta clase de juicios —como lo dice el Procurador— el Juez tiene potestad plena dentro de la diligencia de deslinde para fijar las líneas divisorias de los predios *sub-judice* y para tomar, en consecuencia, todas las medidas que tiendan a hacer efectiva la colocación de los mojones, sin necesidad de dictar autos previos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 869 del Código Judicial, en estos juicios —deslinde y amojonamiento— el Juez falla dentro de una diligencia, señalando los linderos y haciendo poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria. Hecho lo cual el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada.

Y el artículo 871 del mismo estatuto procedimental dispone que si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, no se formula oposición, el Juez, a solicitud de parte, dicta el fallo que declara en firme el deslinde.

De lo anterior se desprende que es inoperante el cargo de prevaricato que el denunciante hace consistir en el hecho de que el Juez, sin haber dictado ninguna providencia en el juicio, oficiara a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla —demandadas— para que se les permitiera a los peritos entrar a un predio de propiedad del señor Candil Atienza, a fin de que tales peritos fijaran los mojones. Pues, ya se vio, que tal exigencia no requería auto previo, toda vez que en diligencia de 17 de abril de 1941, se autorizó a los peritos para que procedieran a la fijación de mojones en los lugares que han de ser deslindados, y era apenas lógico que el Juez para facilitar a los peritos el cumplimiento de su cometido, solicitara de las Empresas se les diera permiso para entrar a los terrenos que se trataban de deslindar.

Por último, el cargo de que el Juez, antes de decretar el deslinde, no hizo un estudio “que lo llevara a la verdad de que los terrenos en que tal deslinde se iba a decretar”, los poseía el señor Candil y Atienza “con títulos irrefutables de propiedad”, no tiene fundamento, por las siguientes razones que al respecto aduce el colaborador fiscal:

“...En primer lugar, en el juicio de deslinde no se discuten ni deciden cuestiones de dominio, sino que se persigue fijar los límites de los predios colindantes, cuyas líneas de separación se presentan dudosas. (Artículos 900 C. C. y 862 C. J.). Por eso, tales controversias sobre linderos son esencialmente distintas de las reivindicatorias, las cuales si se encaminan a recuperar los bienes, raíces y muebles, de que no se está en posesión.

“Es cierto que la ley exige que quien promueve el juicio de deslinde tenga sobre el predio respectivo, “el dominio u otro derecho real principal de que está en posesión regular”; pero esta exigencia se hace como presupuesto del interés jurídico que tiene el demandante en el litigio y para que su acción pueda prosperar.

“Por otra parte, la actora sí acompañó a su demanda los títulos que le daban derecho a solicitar el deslinde, como consta en el libelo respectivo.

“Por lo demás, es de suponer que el Juez, en el acto de la diligencia de la demarcación de los predios, hizo el estudio pormenorizado de las pruebas

que adujeron las partes, para poder señalar los linderos correspondientes, conforme al artículo 869 del Código Judicial...”.

De lo anterior se desprende que por ningún aspecto el Juez denunciado cae bajo el ministerio de la justicia penal. En consecuencia, obró acertadamente el Tribunal al dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de 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, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**



## REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION

En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda de casación debe formularse según lo preceptuado en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, en atención a lo establecido en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, la demanda debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con la indicación clara y precisa de sus fundamentos y con la cita de los textos legales que se estimen infringidos. Si son varias las causales, deben exponerse en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

## Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué, en sentencia de 14 de julio del año pasado, condenó a Rodolfo Franco Mesa a la pena de siete meses y medio de prisión y multa de sesenta y dos pesos con cincuenta centavos, como responsable de las lesiones personales que le causó a Arnulfo Carmona, el 13 de agosto de 1945, en el caserío de Guarumo, del Municipio de Herveo (Tolima).

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado e invoca la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda de casación debe formularse según lo preceptuado en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, en atención a lo establecido en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, la demanda debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con la indicación clara y precisa de sus fundamentos y con la cita de los textos legales que se estimen infringidos. Si son varias

las causales, deben exponerse en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

Esto se dice porque el recurrente ha presentado una demanda muy deficiente por estos aspectos

## Hechos

Para mayor claridad y orden, la Corte hace un breve relato de los hechos, siguiendo el que hace el Tribunal en la sentencia recurrida.

Según este relato, en la citada noche llegaron Rodolfo Franco y Roberto Velásquez a la tienda de Arnulfo Carmona, a tomarse unas cervezas, pero sucedió que en el momento del pago tuvieron un disgusto porque, no teniendo dinero suelto, Carmona les cambió un billete de diez pesos, pero, según éste, había habido una maniobra engañosa para no cubrir el gasto, al paso que Franco Mesa decía que no le había cambiado el billete en su totalidad.

Al rato se encontraron nuevamente Carmona y Franco en otra tienda o cantina y aquél rechazó la invitación que éste le hizo a tomarse una cerveza, diciendo que no aceptaba porque podría costarle otros cinco pesos. Lo cierto fue que continuaron discutiendo sobre el mismo asunto en términos insultantes, salieron a la calle y a poco volvió a entrar Carmona, ya herido en la región frontal izquierda de un machetazo, lesión que le produjo veinte días de incapacidad y un "defecto físico visible y permanente, a causa de la cicatriz" (folio 26).

## Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal

Los argumentos de la demanda encajan dentro de la causal primera, porque todos ellos van enderezados a que se modifique la aplicación de las sanciones. En efecto, el recurrente considera que estuvo bien que el Tribunal hubiera aceptado que Franco Mesa había llevado a término el hecho ilícito provocado grave e injustamente por Carmona. Pero estima que la pena ha debido aplicarse en el mínimo y otorgársele, además, la condena condicional.

El Tribunal, dice, violó la ley penal "en cuanto aplica la sanción que corresponde a un delincuente

te que ha reincidido, considerando como reincidencia el hecho de haberse iniciado un sumario ante un Juzgado distinto".

Además, "acepta el Tribunal que con número plural de testigos se estableció la buena conducta anterior del procesado y, sin embargo, no sólo confirma el fallo condenatorio apelado, sino que agrava la pena y hace imposible la suspensión de la sentencia". Tales testigos son, según el escrito de demanda, Miguel Salazar, Juan Rivera, Eleuterio Peña S., Fortunato Hincapié y Julio Giraldo.

Se considera:

No es exacto que el Tribunal hubiera considerado a Franco Mesa como reincidente, sino que elevó el mínimo de la sanción para fijar su cuantía, por las mismas razones aducidas por el Juez de primera instancia. Dice así la sentencia:

"A tiempo que los testigos Honorio Ramírez Vélez, Cristóbal Bustos, Juan Idarraga y otros, abonan la buena conducta anterior del procesado (cuadro principal), pues lo presentan como hombre honrado, trabajador, ajeno a los vicios y pacífico, obran también las exposiciones de María Segunda Velásquez, Justiniano Valencia, Adán Villegas y Benjamín Peña sobre su mala conducta, constando (sic) por lo demás que en el Juzgado Municipal de Herveo se le adelanta otro sumario por delito semejante al que hoy se le juzga y dentro del cual ha sido llamado a juicio.

"Dentro de la tramitación de la causa en esta instancia se ratificaron los testimonios de Juan Rivera, Miguel Salazar, Eleuterio Peña, Fortunato Hincapié y Julio Giraldo, rendidos a (sic) extrajuicio en el Juzgado Penal del Circuito de Fresno, y los que entre otras cosas, abonan la buena conducta del imputado Franco Mesa. Salazar, Rivera e Hincapié ponen también de manifiesto la mala conducta observada por Justiniano Valencia" (f. 109 vuelto del c. 1º).

Pero adelante, al señalar la sanción, añade:

"Teniéndose en cuenta las circunstancias que el fallo anota, lo mismo que estar Franco Mesa encausado por otro delito semejante al que hoy se le

juzga (sic), no debe tomarse por base para la imposición de la sanción el minimum de un año de prisión que señala la disposición invocada" (folio 110 vuelto).

Las circunstancias que el fallo del Juzgado del conocimiento anota son las mismas en el particular, o sea, que "no ha acreditado su buena conducta anterior" y que en ese mismo Juzgado de Fresno existe "un proceso contra el mismo Rodolfo Franco Mesa, por lesiones personales ocasionadas a Rosalba Marín que, con sentencia condenatoria del Juzgado Municipal de Herveo, está en consulta en este despacho" (f. 74 vuelto ibídem).

Basta lo transcrito para llegar al convencimiento de que ni el Juzgado ni el Tribunal estimaron como acreditada en forma fehaciente la buena conducta anterior del procesado, pues en sus decisiones citan pruebas que demuestran lo contrario. Siendo así, el recurrente ha debido hacerle ver a la Corte que los testimonios sobre buena conducta han debido preferirse a los de mala conducta, así como tampoco cumplió con el deber de demostrar ante la Sala que en el caso se reunían las condiciones del artículo 80 del Código Penal para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la sentencia o condena condicional.

En la forma que se deja expuesta razona también el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien solicita que no se case el fallo recurrido.

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 del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario"

**TENTATIVA EN LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO. — MOMENTO CONSUMATIVO DE ESTOS DELITOS. — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION**

1.—Ya la Corte ha expresado en varias oportunidades que la demanda de casación debe, no solamente enunciar las causales, sino que es preciso demostrarlas. Porque si el recurso es una crítica a la sentencia, es lo natural que se señale el error y se pruebe que se ha errado, en suma, ofrecer un mínimo siquiera de razones que la Sala pueda estudiar.

2.—La Sala expresó en casación de 25 de junio de 1947, y ahora reafirma su anterior doctrina, que acoge la tesis de Carrara acerca de lo que debe considerarse como el momento consumativo del delito de hurto y también del de robo, tesis conforme a la cual para que el hurto se considere consumado, según puede leerse en los números 2017 a 2023 del "Programa", basta que haya habido **CONTRACTACION** (contractatio), es decir, el tocamiento de las cosas seguido de su desplazamiento **DEL PUNTO** en donde estaban, y no es necesario que los objetos tomados se hayan dejado en lugares adyacentes a la casa del dueño, por ejemplo, ni dentro de ella misma; ni siquiera dentro de la habitación donde estuvieran, porque no es posible dudar "de que el ladrón, cuando ha traído bajo la propia mano, aún por breves momentos, la cosa ajena, se ha apoderado de ella", y porque no debe perderse de vista que una es la posesión de las cosas y otra la de los inmuebles en que aquellas se encuentran.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 18 de junio de 1948, condenó a Otoniel Franco Giraldo a la pena principal de seis meses de prisión, por el delito de hurto de \$ 109.50, que sustrajo de la tienda de José Muñoz, situada en el co-

regimiento de Bolivia, del Municipio de Pensilvania, Departamento de Caldas.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado, sin decir la causal que invoca, pero considera que Franco Giraldo no consumó su delito, porque fue sorprendido en el interior del establecimiento cuando tenía en sus manos el dinero, pero sin que hubiera podido apropiárselo. Ha debido tenerse en cuenta, pues, la figura de la tentativa que contempla el artículo 16 del Código Penal, y no sancionarlo como autor de delito consumado.

La tentativa, en este caso especial, arguye, consistió en que el procesado quiso apropiarse de lo ajeno "sin que lo hubiese logrado, dada la intervención oportuna de los agentes de policía. Apenas, pues, empezó a realizar los actos propios para consumir el delito, los que indicaban más que la preparación del mismo, "la ejecución llevada a cabo en parte". Su intención debía ser "la de llevarse consigo todo el dinero que encontrara en la tienda de Muñoz y los objetos que tuvieran algún valor apreciable", lo cual no aconteció y, así, la acción dolosa fue detenida "en los principios de la ejecución, en la TENTATIVA".

A eso se reduce la argumentación del recurrente que, como observa el señor Procurador, no permite un estudio de fondo del problema que apenas denuncia.

Ya la Corte ha expresado en varias oportunidades que la demanda de casación debe, no solamente enunciar las causales, sino que es preciso demostrarlas. Porque si el recurso es una crítica a la sentencia, es lo natural que se señale el error y se pruebe que se ha errado, en suma, ofrecer un mínimo siquiera de razones que la Sala pueda estudiar.

Porque el Tribunal estudió la cuestión de la tentativa que el Juzgado había admitido, con cita de autores y de una jurisprudencia de la Procuraduría, para concluir que si hubo frustración del aprovechamiento del dinero, no la hubo del delito: lo cual significa que en la demanda no se le hace ver a la Corte que el Tribunal aplicó indebidamente la ley penal.

Además, por vía de ilustración y para que no se crea que se elude por completo el análisis de la cuestión que en la demanda se plantea, conviene recordar que ya la ha estudiado esta Sala con todo detenimiento, en la casación de 25 de junio de 1947, en la cual se dijo:

“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 **locuplatetio** o aprovechamiento efectivo del bien por parte de su detentador.

“De acuerdo con el concepto general de los comentaristas, 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 excluida 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. Para Pessina no basta la simple remoción de la cosa del puesto 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 órbita 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 consume, 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 **contrectatio (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 aquéllas se encuentran. (Programa, números 2017 a 2023).

“Si se prescinde “de este primer momento de la amoción, 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 la 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 removida 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 defensible. Su aceptación por parte de nuestros tribunales es, pues, digna de ser loada. La de Pessina es defensible 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 no 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)".

Como el recurrente no trae razones que hagan mudar de parecer a la Sala, se mantiene esta doctrina.

La causal invocada no puede, por lo tanto, 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 viene hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

**COLISION DE COMPETENCIAS. — EL JUZGAMIENTO DE LOS MILITARES QUE PRESTAN SERVICIO DE POLICIA POR DELITOS COMETIDOS EN RAZON DE ESTE SERVICIO CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES MILITARES**

Si el Legislador de 1948 autorizó al Gobierno para confiar a las fuerzas militares funciones de Policía, los delitos que se cometen por razón de ese servicio o por funciones inherentes al mismo, tienen que ser juzgados por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 70 de la Constitución Nacional y por la ley 3ª de 1945, no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuido a las fuerzas militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley.

De manera que si las autoridades militares, no sólo por requerimiento expreso del Gobierno, sino por mandato expreso de la ley, mientras se organiza la Policía Nacional como institución eminentemente técnica, ajena por entero a toda actividad política, es llamada a prestar un servicio de carácter policivo, y en ejercicio de dichas funciones y por motivos inherentes a ellas, cometen alguna infracción de la ley penal, esos hechos por imperio de la Constitución y de la ley, tienen que ser juzgados por los tribunales militares por ser estas entidades, las únicas, que tienen jurisdicción y competencia para conocer y juzgar de tales infracciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

**Vistos**

El Juzgado Superior Militar de la Brigada solicitó al Alcalde Municipal de Fonseca (Departamento del Magdalena) el envío de las diligencias iniciadas en averiguación de los responsables de la muerte ocasionada al señor Francisco Sáenz, hechos que tuvieron lugar el día 16 de enero del presente año.

Como presuntos responsables se indica a varios elementos pertenecientes al Grupo de Caballería Rondón quienes prestaban sus servicios (en el Corregimiento de Distracción) como Agentes de la Policía Militar según lo certifica "el Capitán Jorge Rivas Aldana", Comandante del Escuadrón de Carabineros, en cuyo certificado figuran los nombres del Dragoneante Rubén Darío Serrano Escorcía, Rudecindo José Barrios Campuzano, Joaquín Alberto Bovea Avendaño, Miguel A. Palmera de la Hoz y José Ignacio Morron Fontalvo.

Los sindicatos —dice el Juez Militar— son miembros activos del Ejército Nacional, y el hecho que se les imputa lo realizaron dentro del servicio militar y por razón de él; por consiguiente, de conformidad con el artículo 7º de la ley 3ª de 1945; la competencia para conocer y juzgar por ese ilícito es privativa de la justicia militar.

Con base en el razonamiento anterior informa a la autoridad civil que asume el conocimiento del negocio y solicita el envío de toda la actuación practicada en orden a la averiguación de los hechos y para el caso de que el funcionario (Alcalde Municipal) no acceda a lo pedido dice:

"...Desde ahora le promuevo colisión de competencia (sic) en los términos del artículo 67 del C. de P. P., aplicable al caso de acuerdo con el artículo 30 de la ley 3ª de 1945".

**Actuación de la autoridad civil**

El Alcalde Municipal de Fonseca en providencia de 4 de febrero de 1949, en su parte resolutive dispone:

"No acceder a la solicitud que hace el señor Juez Superior Militar y dispone dar cuenta a la Honorable Corte Suprema de Justicia para que resuelva de plano la colisión, como se preceptúa en los artículos 67 del C. de P. P. y, 11 del Código de Justicia Penal Militar".

Las razones para llegar a esta conclusión pueden resumirse así:

a) Para que el hecho sea de conocimiento de la justicia militar, es necesario que el Departamen-

to del Magdalena o el Municipio de Fonseca, se hallen en estado de sitio, de guerra o de conflicto armado.

b) Dentro de un estado de normalidad legal ninguna persona o corporación puede ejercer simultáneamente la autoridad política y civil o la autoridad judicial y militar.

c) No se acepta como institución legal la llamada Policía Militar porque la ley no la ha creado "razón lógica que se opone al criterio militarista de establecer o instituir la policía militar para un servicio policivo que sólo corresponde al régimen civil".

Se considera:

Llábase delito militar todo hecho que viola los principios de la justicia penal militar, cometido por militares en actividad o por civiles al servicio de las fuerzas militares, con ocasión de tal servicio o por causas inherentes al mismo y en lugar o sitio donde se hallen o actúen fuerzas militares (artículo 140 del C. de J. P. M.).

El delito militar o castrense presupone la existencia de estos elementos: precepto normativo o sea la ley; agente del delito; militares en actividad o civiles al servicio de las fuerzas militares; actividad funcional, o sea que el delito se cometa por razón del servicio o por motivos inherentes al mismo, y lugar, es decir, que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o actúen fuerzas militares. En ausencia de cualquiera de estos requisitos el delito militar no existe, porque la ley, que es su fuente inmediata exige la concurrencia de todos ellos. Teniendo en cuenta estos elementos el hecho que se imputa a los soldados pertenecientes al Grupo de Caballería "Rondón" es un delito típicamente militar, porque el se cometió con ocasión del servicio y en desempeño de funciones inherentes a dicho cargo. Por tanto la jurisdicción y competencia para su juzgamiento no es de las autoridades ordinarias sino de la justicia penal militar, según lo dispone el Título II, Capítulo I, de la ley 3ª de 1945.

En efecto: El delito de homicidio se halla previsto y sancionado por el artículo 198 del C. de J. P. M., la realización del hecho se atribuye a varias unidades (soldados) de tropa pertenecientes al Grupo de Caballería Rondón; él se cometió en ejercicio de funciones adscritas al servicio militar y por ocasión del mismo, y en el lugar donde las fuerzas del ejército prestaban servicio de vigilancia y actuaban como agentes de la Policía Militar.

Se afirma que el hecho se realizó en ejercicio de funciones adscritas al servicio militar, porque de

conformidad con el artículo 43 de la ley 90 de 1948, el Gobierno puede confiar a las fuerzas militares funciones de policía donde las circunstancias lo requieran y mientras se adoptan y ponen en práctica medidas necesarias para la organización del servicio.

El artículo citado es una reproducción exacta de la disposición primera del decreto número 1268 de abril 18 de 1948 dictado por el Gobierno Nacional en uso de la facultad que le confiere la Constitución y con motivo del estado de sitio causado por los sucesos ocurrido en el país el día 9 de abril de 1948.

El precepto dice: El Gobierno podrá, durante la presente emergencia y mientras dure el estado de sitio confiar a las fuerzas militares funciones de Policía donde las circunstancias lo requieran y por el tiempo indispensable".

Por medio del decreto número 1773 de 26 de mayo de 1948, el Gobierno en uso de facultades legales, reglamentó la forma cómo debían desarrollarse y cumplirse las disposiciones del Decreto Legislativo número 1268 de abril 18 de 1948 y dispuso que "el Ministerio de Guerra organizará unidades de acción policiva con jurisdicción en los sitios de la República donde las circunstancias los requieran", y confió la dirección superior de las unidades de policía al Estado Mayor General del Ejército Nacional.

Posteriormente el decreto número 2034 de 18 de junio de 1948 reglamentó las jerarquías del personal militar de tropa que integran las unidades de policía y dispuso que ese personal podría ser tomado de los cuadros en servicio activo de las fuerzas militares, o de reservistas de primera clase, y en lo relativo a prestaciones sociales lo asignó al Ministerio de Guerra.

La Ley 90 de 1948 invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 15 de febrero del año de 1949, para adoptar como normas legales permanentes con base en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, las disposiciones de que tratan los decretos de carácter extraordinario —entre otros— el Decreto 1268 "por el cual se confiere una autorización al Gobierno sobre policía".

Pero el legislador de 1948 a pesar de revestir de facultades extraordinarias al Gobierno para adoptar como normas legales permanentes las disposiciones del Decreto Legislativo número 1268 de abril 18 de 1948, prefirió repetir en forma expresa este mismo mandato en el contenido del artículo 43 de la mencionada ley y al efecto dijo:

“El Gobierno podrá confiar a las fuerzas militares funciones de policía donde las circunstancias lo requieran, y mientras se adoptan y ponen en práctica las medidas necesarias para la reorganización de este servicio”.

Con base en esta atribución expresa del legislador, y en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por el artículo 27 de la mencionada ley, se expidió el Decreto-ley número 4150 de 17 de diciembre de 1948 en el cual se dispone:

“Artículo 1º—Las fuerzas militares continuarán prestando las funciones de policía donde las circunstancias lo requieran, en la misma forma como lo han venido haciendo, mientras se adoptan y ponen en práctica las medidas necesarias para la reorganización de ese servicio”.

Del examen de las disposiciones que se dejan transcritas se concluye, que los hechos por los cuales se sindicó a unidades de tropa pertenecientes al Grupo de Caballería Rondón, fueron cometidos cuando cumplían funciones propias de su actividad como miembros del Ejército Nacional. El hecho de que para guardar el orden público, y prestar servicios relacionados con actividades policivas, esté confiado por ahora, al Ejército Nacional, no quiere decir que los delitos cometidos por razones de tales funciones no sean de la competencia de las autoridades militares sino de las ordinarias.

Si el legislador de 1948 autorizó al Gobierno para confiar a las fuerzas militares funciones de policía, los delitos que se cometan por razón de ese servicio o por motivos inherentes al mismo, tienen que ser juzgados por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 70 de la Constitución Nacional y por la Ley 3ª de 1945, no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuido a las fuerzas militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley.

“El problema presentado a la Corte —ha dicho la Sala— lo resuelven con bastante claridad el propio Estatuto fundamental y la Ley 3ª de 1945. En efecto, la Constitución, después de establecer que al Ejército le corresponde propiamente la guarda exterior de la Nación (artículos 66 y 120, ordinal 8º y 9º), le asigna también como función suya la de guardar el orden interno, las instituciones patrias (artículos 120, ordinales 6º y 7º; 165, 195, etc.); y la Ley 3ª de 1945 considera como delito de denegación de auxilios el dejar de prestarlos o simplemente retardarlos sin causa justificada, a la autoridad competente, cuando solicite apoyo “para un asunto relacionado con el orden público o so-

cial” (artículo 214), y como insubordinación o desobediencia, el hecho de que los inferiores desobedezcan a sus superiores militares, aunque no causen perjuicios a las personas o a las cosas (artículo 190 y siguientes)”.

“Ciertamente que la policía, en el mismo caso de servicio, se halla en condiciones distintas, pues sus infracciones deben ser juzgadas por la justicia ordinaria; pero ello está consagrado así en las disposiciones legales y encuentra su justificación en el propósito del legislador de rodear a los miembros del ejército de especiales prerrogativas o privilegios, dados los fines que consulta esta institución. Siendo, pues, iguales las actividades, las hace diferentes la calidad de los sujetos que las desarrollan”.

De manera que si las autoridades militares, no sólo por requerimiento expreso del Gobierno, sino por mandato expreso de la ley, mientras se organiza la Policía Nacional como institución eminentemente técnica, ajena por entero a toda actividad política, son llamadas a prestar un servicio de carácter policivo, y en ejercicio de dichas funciones y por motivos inherentes a ellas, cometen alguna infracción de la ley penal, esos hechos por imperio de la Constitución y de la ley, tienen que ser juzgados por los tribunales militares por ser estas entidades, las únicas, que tienen jurisdicción y competencia para conocer y juzgar de tales infracciones.

En estas condiciones, los argumentos de la autoridad civil, alegados como motivos para no acceder a la solicitud del Juez Superior Militar, pierden su razón de ser.

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,

#### Resuelve:

El conocimiento del hecho imputado a los señores Rubén Darío Serrano E., Joaquín Alberto Bovea A., y otros, en su calidad de miembros activos de las fuerzas militares corresponde a la Justicia Penal Militar y no a la justicia común.

En estos términos queda dirimida la colisión de competencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camaño Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

**ABANDONO DEL CARGO. — SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DEL DOCTOR SEBASTIAN OYOLA SARMIENTO, EX-JUEZ SUPERIOR AD HOC DE BARRANQUILLA**

Respecto al abandono del cargo, en el informativo se comprobó que, efectivamente, el doctor Oyola, después de dictar la sentencia tantas veces citada, el 18 de diciembre de 1943, se ausentó de la ciudad de Barranquilla y sólo regresó en mayo de 1944, es decir, el acusado abandonó su cargo desde el 21 de enero de 1944, día en que terminaron las vacaciones judiciales, hasta mayo del mismo año, y no hay constancia de que se hubiera concedido licencia alguna para cesar temporalmente en el desempeño de sus funciones; objetivamente, el delito de abandono del cargo se halla, pues, configurado; pero sucede que el doctor Oyola Sarmiento justificó tal proceder alegando un motivo invencible; durante ese lapso había estado en cama, enfermo; y para comprobarlo allegó al expediente un certificado médico expedido por el doctor Ernesto García P., en que consta que el doctor Oyola estuvo sometido a tratamiento en esos meses, por padecer un fuerte ataque palúdico y algunas afecciones asmáticas, certificado que fue bajo juramento, ratificado por su signatario y, en estas condiciones, se desvanece la responsabilidad que al sindicado pudiera caberle, puesto que hubo fuerza mayor que le impidió el oportuno retorno al desempeño de sus funciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

**Vistos**

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla su providencia de fecha diez y ocho de diciembre último, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Sebastián Oyola Sarmiento, ex-Juez Superior ad hoc de ese Distrito, por los cargos de responsabilidad que le formuló el señor Ildefonso Ariza.

Agotada la tramitación correspondiente a la segunda instancia y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a revisar la providencia aludida.

**Resultandos**

1º—Por hallarse impedidos los Jueces Superiores de Barranquilla para conocer de un denuncia contra Benjamín Librero, Gustavo Mansur y otros, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial nombró al doctor Sebastián Oyola Sarmiento Juez Superior ad hoc para que instruyera y fallara dicho negocio, funcionario que adelantó el sumario y puso fin al proceso el 18 de diciembre de 1943, mediante la sentencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, contra la cual interpuso apelación la parte civil en tiempo oportuno, recurso que sólo se surtió en mayo de 1944, por ausencia de Barranquilla del Juez doctor Oyola durante ese lapso (diciembre 18 de 1943 a Mayo de 1944).

2º—El señor Ildefonso Ariza por causa de esta demora denunció al doctor Oyola, formulándole, además del cargo de abandono de su empleo, las acusaciones de denegación de justicia y prevaricato, las cuales basó en la negligencia del Juez para instruir el sumario y en el hecho de que éste hubiera dado, por causar perjuicio al denunciante, aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal cuando, en concepto del último, estaba comprobado el delito que se investigaba y establecido que sus autores habían sido los que figuraban como sindicados.

3º—Con base en tal denuncia, el Tribunal inició la investigación correspondiente, se estableció la calidad de funcionario que el doctor Oyola tenía por la época a que los cargos aluden y se comprobó que no había existido por parte de éste negligencia en la instrucción del proceso confiado a su conocimiento, ni le había puesto fin arbitrariamente, pues la providencia en que aplicó el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, fue dictada previo concepto favorable del Ministerio Públi-

o y mereció, además, la confirmación del Tribunal.

4º—En cuanto a la acusación de abandono del cargo, el sindicato explicó que, habiendo dictado el 8 de diciembre de 1943 la providencia citada, se usó de Barranquilla en uso de sus vacaciones judiciales, y, que terminadas éstas, no había podido retornar al desempeño de sus funciones por enfermedad grave, hecho comprobado con certificado médico suscrito por el doctor Ernesto García (f. 32), que fue debidamente ratificado por su signatario (f. 91).

Se considera:

1º—Establecido plenamente en este informativo que el acusado no fue negligente en la instrucción del sumario contra Benjamín Libroero, Gustavo Mansur y otros, el cargo de denegación de justicia que el denunciante le hizo con base en este supuesto hecho, deja de subsistir; igual cosa ocurre en cuanto a la acusación de prevaricato, porque, en primer lugar, no se pudo comprobar que la sentencia dictada por el acusado lo hubiera sido con el ánimo de causar perjuicio al denunciante, por animadversión a éste, y en segundo lugar, tal providencia no fue improcedente, lo que confirmó el Agente del Ministerio Público al emitir el concepto favorable que la ley exige como requisito previo a su pronunciamiento y también el Tribunal Superior, al decidir la apelación de la parte civil contra la sentencia mencionada.

Como el denunciante insinúa que el doctor Oyola posiblemente abandonó su cargo con el ánimo de que la apelación no se surtiera, es necesario hacer constar que tal intención no se puede atribuir al acusado, porque él, como abogado, sabía que una sentencia dictada con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal no queda ejecutoriada sin que se surta la consulta que para tal género de providencias establece expresamente la ley; y ello es tan cierto, que ordenó el cumplimiento de tal requisito (f. 103).

2º—Respecto al abandono del cargo, en el informativo se comprobó que, efectivamente, el doctor Oyola, después de dictar la sentencia tantas veces citada, el 18 de diciembre de 1943, se ausentó de la ciudad de Barranquilla y sólo regresó en Mayo de 1944, es decir, el acusado abandonó su cargo desde el 21 de enero de 1944, día en que terminaron las vacaciones judiciales, hasta mayo del mismo año, y no hay constancia de que se le hubiera concedido licencia alguna para cesar temporalmente en el desempeño de sus funciones; objetivamente, el delito de abandono del cargo se halla, pues, configurado; pero sucede que el doctor Oyola Sarmiento justificó tal proceder alegando un motivo invencible; durante ese lapso había estado en cama, enfermo; y para comprobarlo allegó al expediente un certificado médico expedido por el doctor Ernesto García P., en que consta que el doctor Oyola estuvo sometido a tratamiento en esos meses, por padecer un fuerte ataque palúdico y algunas afecciones asmáticas, certificado que fue bajo juramento, ratificado por su signatario y, en estas condiciones, se desvanece la responsabilidad que al sindicato pudiera caberle, puesto que hubo fuerza mayor que le impidió el oportuno retorno al desempeño de sus funciones.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia materia de esta consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN FAVOR DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA POR VARIOS CARGOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

### Vistos

Debe calificar la Corte estas diligencias, adelantadas contra los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, doctores Alejandro Fernández Yánez, Juan B. Pineda Roperó, Carlos González Ruiíz, Fernando Gómez Rivera, Jorge Zurek Mesa, Luis F. Urbina y Víctor M. Espinel Blanco, por algunos hechos ejecutados en su carácter oficial.

Ya se había sobreseído temporalmente en favor del primero, quien figuraba como sindicado de haber intervenido en política y de haber tomado parte en la elección como juez de su padrastró, Carlos G. Arenas. Ese sobreseimiento se dictó a solicitud del ministerio público, para extender la averiguación a los restantes miembros del Tribunal que intervinieron en el nombramiento del señor Arenas y, además, para que se allegaran algunas pruebas que se consideraron de importancia para el pleno esclarecimiento de los hechos. Ahora se estudiarán uno a uno, cerrada como está por segunda vez la investigación.

El primer cargo, en orden de importancia, es el de que el Magistrado doctor Fernández Yánez, en Sala formada con los doctores Gómez Rivera y Espinel Blanco, este último como conjuéz, dictaron un sobreseimiento definitivo en favor de Celiar García y de Hermes García, enjuiciados por asesinato, "revocando así o contradiciendo el concepto de doce diferentes funcionarios para quienes la responsabilidad de los homicidas era evidente, con varios caracteres de agravación".

Al expediente se trajo la copia de ese sobreseimiento y de ella consta que el Juzgado Primero Superior de Pamplona, en providencia de 15 de febrero de 1945, dictó enjuiciamiento contra los mentados García y contra Jorge Clavijo, por el homicidio con caracteres de asesinato realizado en la persona de Ramón Sepúlveda Martínez, el 30 de marzo de 1941, en el Municipio de Concepción;

pero el Tribunal, después de un minucioso estudio de las pruebas llegó a la conclusión de que el autor del disparo que ocasionó la muerte a Sepúlveda Martínez había sido Jorge Clavijo y no los Garcías y por eso dejó vigente el auto de proceder contra el primero, pero "por homicidio simplemente intencional o de propósito, sin agravación específica alguna", y sobreseyó definitivamente en favor de los Garcías.

El Tribunal hace un detallado relato de los sucesos, desde horas antes del homicidio, para concluir en el último incidente ocurrido en la tienda de "El Mercadito", en la cual llegaron a reunirse hasta quince personas, entre ellas los protagonistas del hecho (f. 38), para entrar luego en un estudio muy cuidadoso de las pruebas que obran en contra de los sindicados y sacar las conclusiones pertinentes.

Tales pruebas, que sirven de base de incriminación para Clavijo y de inocencia de los Garcías, pueden sintetizarse así: a) Clavijo confesó haber sido el autor de la muerte de Sepúlveda; b) Sepúlveda acusó a Clavijo como autor del disparo que le produjo la muerte; c) Los Garcías estaban luchando con otros de los circunstantes en los momentos del disparo fatal; d) El proyectil que produjo la lesión no correspondía al arma que llevaba esa noche Celiar García.

De dicha providencia, que lleva fecha de 23 de julio de 1946, pidió reposición el apoderado de la parte civil, quien ahora acusa a los Magistrados, y el Tribunal, en un dilatado fallo estudia uno a uno los argumentos que el recurrente presentó, para concluir que debía mantenerse el sobreseimiento en favor de los Garcías. Este segundo proveído tiene quince puntos o capítulos, en los cuales se dan las razones confirmatorias del anterior.

La lectura atenta de las providencias del Tribunal no dejan en el ánimo sino la convicción de que los Magistrados de la Sala no tuvieron sino el firme deseo de acertar en el estudio del proceso: el caso era realmente complicado, por tratarse de un hecho ocurrido en un grupo de personas que estaban dominadas por las bebidas embriagantes y los testimonios y probanzas allegados ofrecían un campo muy extenso al buen criterio de los jueces.

Lo que se deduce del examen de los autos aludidos es que hubo simplemente una discrepancia entre el criterio del juez superior y el del Tribunal. Pero el apoderado de la parte civil resolvió, en vista de sus fallidas pretensiones, acusar a los Magistrados, proceder que sólo indica mezquindad de pensamiento, pues equivale a juzgar que cuando los funcionarios no proceden de acuerdo con las solicitudes de los abogados es porque prevarican, fórmula sustitutiva de aquella criticada ya por Balmes de "piensa mal y no errarás". En el presente caso es forzoso aceptar el concepto de la Procuraduría de que no aparece ni el más leve indicio de que los Magistrados hubieran cometido delito alguno al preferir el sobreseimiento de que se ha venido hablando.

El segundo cargo, que se hace solamente al Magistrado Fernández Yáñez, es el de intervención en política, y comprende dos hechos distintos: el uno es el de haber asistido a una reunión conservadora, que tuvo lugar en Pamplona, el 5 de abril de 1947; y el otro, es el de haber gestionado ante el Gobernador del Departamento nombramientos de carácter político.

El doctor Jesús Serrano, en cuya casa se hizo la reunión del 5 de abril, expone:

"Allí no se trató ningún aspecto político y para confirmarlo anoto que cuando en (sic) aspecto político se trató, se propuso que la reunión se verificara en la habitación del doctor José Alejandro Delgado y entonces el Gobernador doctor Unda contestó que él no deseaba una reunión política sino una reunión de amigos interesados en el buen funcionamiento de los intereses locales y de provincia" (f. 25).

"El señor Sixto Reyes Peinado asegura que, en su presencia, el Gobernador del Departamento, doctor Unda Ferrero, "invitó en forma reiterada al doctor Alejandro Fernández Yáñez para que concurriera a una reunión en la que se iba a estudiar algunos aspectos referentes a la administración municipal de Pamplona, para un mejor progreso del Municipio y mayor tranquilidad de sus habitantes. Recuerdo —añade— que el señor Gobernador le aclaró al doctor Fernández Yáñez que no se trataba de cosa alguna política, sino de mera administración" (f. 142).

En fin, el Gobernador del Departamento entonces, doctor Rafael Unda Ferrero, después de algunas vacilaciones (como lo anota la Procuraduría), coincide con los anteriores en su última declaración, en la cual expone:

"Considero que las reuniones a que se hace refe-

rencia sí tuvieron, en el sentido original de la expresión, un carácter político, y así lo certifiqué a solicitud del abogado Luis Chacón Hernández, siendo el declarante Gobernador del Departamento Norte de Santander, por cuanto se trataba, con motivo del cambio del Alcalde de Pamplona, de mejorar el gobierno de aquella ciudad. Pero, como lo aclaré más tarde a solicitud del inculpado, Magistrado doctor Fernández Yáñez, ni la reunión conservadora, ni la liberal, a que asistió el declarante en el carácter antes indicado, tuvieron por finalidad asuntos de carácter de organización interna o propaganda de los partidos. . . . No recuerdo —añade luego— que el Magistrado Fernández Yáñez, que sí estuvo presente en la reunión conservadora, hubiera tenido una intervención directa, verbal y personal en ella" (f. 145).

En cuanto al otro hecho consiste en que el mismo Magistrado Fernández Yáñez "ha gestionado ante el despacho del Gobernador nombramientos de carácter político", como lo certifica el funcionario de entonces, doctor Unda Ferrero.

El doctor Víctor M. Espinel Blanco asegura que él conoció un telegrama del Gobernador, dirigido al doctor Fernández Yáñez, en que le pedía "el nombre de personas que pudieran desempeñar los cargos de alcalde en Convención y en otros pueblos de la provincia de Ocaña", de manera que las recomendaciones se debieron "a exigencias del propio Gobernador y no tenían el carácter de intrigas personales suyas" (f. 93).

El Gobernador admite que el doctor Fernández Yáñez intervino para que no se eligiera como alcalde de Convención a un cuñado de éste y que en otras oportunidades no recuerda haberle consultado al mismo sobre nombramientos de alcaldes (f. 122 v.).

De estas pruebas puede concluirse que el funcionario no formó parte de directorios políticos ni intervino en debates de ese carácter, que es lo que el Código Penal considera como delito (artículo 180), pero que ni siquiera incurrió en mala conducta por desarrollar actividades como miembro activo de un partido político, al tenor del artículo 178 de la Constitución Nacional. (Decreto número 0671 de 1947, Diario Oficial número 26374, de 8 de marzo de 1947).

En cuanto al último cargo, consta que el señor Carlos G. Arenas fue nombrado como Juez Municipal de Santiago, por acuerdo número 31, de 16 de julio de 1946 (folio 10) y que tomó posesión del empleo el 1º de agosto siguiente a la elección y

lo ejerció hasta el 31 de julio de 1947 (folios 10, 25 vuelto, 84 y 85).

Lo cual constituye un cargo objetivamente, porque de las pruebas del estado civil (folio 91 vuelto) se desprende que la señora madre del Magistrado Fernández Yáñez, doña Josefa Yáñez, fue casada en segundas nupcias con el señor Arenas, matrimonio que se celebró el 31 de diciembre de 1908 (f. 91 vuelto) y se extinguió poco tiempo después, por el fallecimiento de dicha señora, según lo afirma el acusado. Eso significa que entre el señor Arenas y el funcionario se estableció el vínculo de parentesco por afinidad en primer grado, según el artículo 47 del Código Civil.

Respecto de los Magistrados restantes del Tribunal, ellos afirman enfáticamente que no conocían la circunstancia del vínculo que unía al Magistrado con el señor Arenas (folios 22, 27, 141, 143), y que apenas la conocieron, se le nombró sustituto en el cargo. De lo primero no hay prueba en contrario y debe admitirse, y de lo segundo se trajo la copia del acuerdo respectivo (f. 26 v.).

En cuanto al Magistrado Fernández Yáñez, ha dado explicaciones de su conducta, que aparecen plenamente aceptables.

El funcionario dice al respecto:

"Intervine en el acto de la elección del señor Carlos Arenas para Juez del Municipio de Santiago y no consideré del caso objetar tal nombramiento en razón de que sé bien que el señor Arenas estuvo casado en segundas nupcias con mi señora madre, ésta falleció hace más de trece años, y en la actualidad el mismo señor Arenas se encuentra casado con otra persona enteramente alejada de mi familia, virtud por la cual no consideré ni considero existir ningún parentesco legal entre el suscritor y el prenombrado señor Arenas" (f. 27).

Al folio 87 vuelto es todavía más enfático, pues aclara que el señor Arenas se casó, después de muerta la señora Yáñez, con la señora Evelia Silva de Arenas, que es hoy su esposa y en la que tiene varios hijos.

De otro lado, aparece que quienes propusieron al señor Arenas como candidato para el Juzgado fueron dos Magistrados de la mayoría y no el doctor Fernández Yáñez.

"Al tenor de estos antecedentes y de las demás pruebas que ilustran la investigación —dice la Procuraduría— entre ellas las indagatorias rendidas por los procesados, se saca en conclusión que, en el nombramiento del señor Arenas, no hubo propósito de quebrantar ninguna prohibición de orden constitucional y legal.

"El parentesco entre el Juez y el doctor Fernández era ignorado por quienes participaron en la votación, con excepción de este último. El relajamiento del vínculo de afinidad que los ligaba, explica la renuencia del elector a darse por notificado de que, interviniendo con su voto, violaba la ley. Pudo más en su ánimo el deber de cortesía para con sus colegas, propugnadores del nombramiento de Arenas, que el sentimiento de solidaridad implícito al parentesco entre las dos personas. Inclinación ésta que la Constitución y la ley han tenido en cuenta, al formular la prohibición de que se ha hablado.

"Los vínculos del parentesco —ha dicho la Corte— serán tanto más respetables cuanto más estrechos y cuanto mayormente se hayan cultivado. No siendo muy cercanos y no habiéndose fortalecido o exaltado por mutuas acciones que susciten el afecto o estimulen el cariño, pudiera suceder que no llegaran a figurar en el cómputo de una sanción penal. Y en esto tiene razón el recurrente, al decir que no es el simple vínculo del parentesco el que pueda hacerse valer como índice de peligrosidad, sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada caso". (Sentencia de 10 de marzo de 1947. Casación de Agustín Barrera Niño).

"Por lo tanto, el factor subjetivo del delito no se configura en la actividad de los funcionarios acusados y, en consecuencia, debe dictarse en su favor un sobreseimiento definitivo, al tenor de lo estatuido por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal".

Cabe advertir que en el caso no se trataría de un delito de responsabilidad por acción u omisión, sino de un cargo de mala conducta, al tenor de lo previsto en el artículo 174 de la Constitución y en el 29 de la Ley 12 de 1945. La Corte resolvió abrir investigación penal, en virtud de haberse hecho imputaciones que objetivamente podían constituir delitos, como en la primeramente estudiada en esta providencia. Y como lo que sucede es que esta actuación es mucho más amplia que la que hubiera debido adoptarse en caso de cargos de simple mala conducta, lo procedente es declarar que tampoco es el caso de aplicar sanción disciplinaria por ellos.

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, **SOBRESEE DEFINITIVAMENTE** en favor de los Magistrados del Tribunal de Pamplona, doctores Alejandro Fernández Yáñez, Juan B. Pineda Roperó, Carlos González Ruiz, Fernando Gómez

Rivera, Jorge Zurek Mesa, Luis F. Urbina y Víctor M. Espinel Blanco, por los cargos que han sido estudiados en esta providencia.

No es el caso tampoco de aplicarles sanción disciplinaria alguna por los de mala conducta que también fueron analizados en este fallo.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION. — QUE DEBE ENTENDERSE POR TAL

No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso, puede considerársela como de bastante entidad para constituir una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía.

Mientras ello no ocurra, sería extender demasiado aquella causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis en la administración de justicia, por la invocación de un impedimento que equivaldría a que cualquiera actuación, por ligera y descuidada que se la supusiera o porque es de aquéllas que corresponden a la actuación judicial que todo Juez debe proferir, serían de esta suerte consideradas como incluídas dentro de la causal del ordinal 4º, lo que no puede ser admitido por motivo alguno.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

### Vistos

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 74 del Código Procesal Penal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, ha remitido a la Corte el proceso contra Cándido Ríos Arenas y Roberto Monsalve, por lesiones personales, a fin de que se decida sobre el impedimento manifestado por el doctor Carlos Lozano Quintero, Magistrado de aquel Tribunal, para conocer en segunda instancia de dicho proceso.

Por auto de fecha siete de febrero del presente año el Magistrado Lozano Quintero se declara impedido para conocer en segunda instancia del proceso antes nombrado, por cuanto —dice— “manifestó su opinión sobre el asunto materia del ex-

pediente en providencias visibles a los folios 61 y 165 en su carácter de Juez Penal del Circuito del Líbano”, por lo cual concurre la causal de impedimento de que trata el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Los Magistrados restantes de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué, en providencia de veintidós del mismo mes de febrero, declararon infundado el impedimento manifestado por el doctor Lozano Quintero, para conocer de la segunda instancia en la sentencia proferida por el Juez Penal del Circuito del Líbano, en la cual se condena a los procesados Ríos Arenas y Monsalve por el delito ya mencionado, al mismo tiempo que se ordena enviar el expediente a la Corte, para que decida al respecto lo que sea del caso y a ello se procede.

### Antecedentes

Las providencias a que se refiere el señor Magistrado Lozano Quintero, de donde surge el impedimento alegado, son las siguientes:

a) Auto de folio 61, de fecha cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, por el cual se niega la revocatoria del auto de detención proferido contra Cándido Ríos Arenas y Roberto Monsalve; pero en cambio, se les concede a los mismos la gracia de libertad provisional, bajo caución;

b) Auto visible al folio 165 del informativo, de fecha julio diez de mil novecientos cuarenta y siete, en el cual el entonces Juez Penal del Circuito del Líbano, doctor Carlos Lozano Quintero, manifiesta que al proceder a la calificación del sumario, encontró hechos que configuran delito de competencia del Juzgado Superior, como puede ser un homicidio frustrado, y agrega:

“Considera este Despacho que es claro que un balazo dirigido a la cara es por naturaleza mortal; y que un balazo dirigido al blanco que suministra el cuerpo de un hombre y que por circunstancias propias de la agitación en que se encuentra quien se halla al frente de un contrincante que lo ataca con un machete, en vez de herir en el tórax con consecuencias casi absolutamente mortales, hiere en una rodilla con consecuencias probablemente

portales, merece también el calificativo de un delito imperfecto de homicidio.

“Fuera de esto, quien dispara un revólver de cerca sobre un hombre, emplea evidentemente una arma idónea para causar la muerte.

“Finalmente como el delito conexo con el imputable a Ríos, que es el de lesiones imputable a Monsalve debe ser conocido por el funcionario que conoce del más grave; todo el proceso debe ir al conocimiento de los Jueces Superiores”.

Remitido el expediente a los Juzgados Superiores, correspondió al Primero Superior de Ibagué quien, en auto de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y siete, considera que en el expediente no se configura un delito imperfecto de homicidio, sino simplemente un delito de lesiones personales, cuyo conocimiento corresponde al Juez del Circuito del Líbano y, en consecuencia, ordena enviar las diligencias a este funcionario, por ser de su competencia.

Con fecha veintiocho de octubre del mismo año, el señor Juez del Circuito Penal del Líbano, cuyo titular ya no era el doctor Lozano Quintero, calificó el mérito de la investigación y prosiguió el juicio, hasta proferir sentencia definitiva, que es la que, en virtud de apelación, debe revisar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, del cual forma parte el Magistrado Lozano Quintero, sobre cuyo impedimento para intervenir en la segunda instancia del negocio, debe resolver la Corte.

Se considera:

Todos los códigos consagran excepciones al principio de la competencia, o mejor a la capacidad subjetiva en concreto, como la denomina el código italiano, que tiene el juez para declararse impedido en un determinado proceso, por motivos que generalmente están comprendidos en alguna de estas circunstancias: afecto, interés, odio y amor propio del juez, a las cuales debería agregarse, también, el vínculo intelectual que podría unirlo con las opiniones emitidas, que sin dejar de ser una forma de amor propio, tiene algo más de esto: el amor, o la propia estimación que el hombre tiene por sus ideas o por los principios que las gobiernan.

Fundado en estas nociones, el código incluye entre las causales de impedimento o recusación, en el numeral 4º del artículo 73, el haber sido el juez o magistrado apoderado de alguna de las partes, o contraparte de alguna de ellas, o haber dado su consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Por manera que cada una de estas circunstancias

permiten o que el juez se excuse de intervenir en determinado proceso, o que las partes hagan uso del derecho de recusación. En todas esas contingencias actúa un motivo que puede traducirse en la posibilidad de no ser plenamente imparcial en que se encuentra el juez cuando en cualquier forma ha intervenido en el proceso, con una intervención intelectual que lo ligue a la solución jurídica del caso que se controvierte. En los eventos de haber sido apoderado, defensor o contraparte, se pone muy de bulto la razón de la incompetencia del funcionario para ser juzgador del caso en que de tal suerte ha intervenido. No sucede lo mismo, por lo equívoco o elástico del concepto, cuando la excusa parte de haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.

Nótese que esta última parte del numeral 4º, hace referencia a dos situaciones distintas: dado consejo o manifestado su opinión. Como si se dijera, según las acepciones gramaticales de estos vocablos: “parecer o dictamen que se toma para hacer o no hacer una cosa”; “concepto o parecer que se forma de una cosa cuestionable”. Pero es evidente que en ambas circunstancias hay un vínculo intelectual que une al juez a determinada opinión o a determinado concepto, vínculo susceptible de restarle la imparcialidad requerida, o por lo menos la libertad de juicio que son presupuestos necesarios para que una decisión judicial sea el producto de un criterio sereno y ajeno a todo motivo de parcialidad.

Precisamente, la diferencia que el ordinal 4º en su parte final plantea, entre el consejo, y la opinión, como causales de excusa del funcionario para intervenir en determinado juicio en donde haya ello ocurrido, puede servir para explicar por qué la Corte en un principio consideró que la causal 4ª del artículo 73 debía entenderse respecto a la persona particular que ha emitido su concepto a la cuestión penal debatida y luego le corresponde conocer de la misma cuestión como juez o magistrado, o también respecto del magistrado o juez que opina extrajudicialmente sobre la materia sub-judice que a su despacho tiene o pueda tener. Es decir, en estos casos se advierte claramente que actúa el concepto de que se ha dado consejo sobre el caso controvertido y por ello se explica que tal cosa ocurra en circunstancias extrajurisdiccionales. En cambio, cuando se ha emitido una opinión, como lo ha dicho la Corte, “no puede limitarse a la cuestión 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 de apreciación de los elementos jurídicos que estos actos —según su objeto y contenido— integran y componen”.

Si se analiza la actuación del Magistrado doctor Lozano Quintero en orden a este proceso, se advierte que por el auto que concediera la excarcelación caucionada a los sindicados sin revocar el auto de detención, visible al folio 61, no puede constituir la causal de impedimento que el numeral 4º del artículo 73 prevé.

Sobre esta materia, ha dicho la Corte:

“Sin embargo, estudiado el caso presente, la Sala advierte que tratándose de un auto de detención o de la providencia en la cual aquél se revoca o confirma, el hecho de haber dictado tales autos, no constituye el elemento “haber emitido opinión” de que habla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

“Los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva a un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del cuerpo del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio.

“De consiguiente, por el hecho de haber dictado o conocido de autos, en el sumario, con carácter jurisdiccional, no puede decirse que quede inhibido el funcionario para conocer del proceso posteriormente, a excepción del auto de proceder o del que lo revoca o confirma, el cual sí compromete su opinión, como bien lo ha definido esta Sala”. (G. J., Tomo LXIII, números 2055-2056, página 449).

Y sucede lo mismo tratándose del auto visible al folio 165, providencia ésta que es, como lo considera la Sala dual que negó el impedimento, un simple auto remisorio del negocio a otra jurisdicción conforme al artículo 420 del Código de Procedimiento Penal.

Un análisis detenido y atento del auto en virtud

del cual el señor Juez del Líbano remitió las diligencias al Juez Superior de Ibagué, por considerar que la calificación jurídica que convenía al negocio era la de un homicidio en su forma de imperfecto, advierte que los conceptos allí emitidos no constituyen una opinión que ate al Juez a un concepto decisivo, susceptible de interferir su imparcialidad en la decisión de superior jerarquía en que le corresponda intervenir como fallador ad-quem.

Para que pueda entenderse en qué consiste la opinión que se traduce en causal de impedimento, es menester que ésta se produzca en un auto de fondo, en donde el Juez sea abligado a resolver tesis sustanciales y fundamentales del proceso, de tal manera que su misma decisión implique para el funcionario una determinada orientación jurídica o judicial que lo comprometa en sus opiniones, en sus juicios y conceptos, en forma que de sobrevenir alguna circunstancia que lo convierta en fallador en ambas instancia, sea incapaz de modificar aquel criterio por estar tan íntimamente vinculado a él, que su imparcialidad sufra mengua y su espíritu no tenga la suficiente libertad para juzgar sin sujeción a un prejuicio o a un precepto.

Talvez podría decidirse de otra suerte en el presente caso si el señor Juez del Líbano, al ordenar la remisión del proceso al señor Juez Superior de Ibagué, le advirtiera en la misma providencia que proponía colisión de competencia en el caso de que aquel funcionario estuviese en desacuerdo con el criterio sustentado por el Juez del Circuito. Mas es notorio que el auto en virtud del cual este funcionario remitiera al Juez Superior el proceso, no contiene advertencia tal ni tampoco una amplia dilucidación de los fenómenos jurídicos que creía daban fisonomía de mayor gravedad al delito, marginándolo, de las lesiones personales para ubicarlo dentro de los homicidios imperfectos. Es apenas una mera opinión, que debe suponerse sin mayor análisis jurídico, si se tiene en cuenta la forma sintética y elemental como fuera resuelto el punto por el Juez Superior de Ibagué en el auto en que devolvió el sumario al Juez del conocimiento, por no encontrar razón jurídica ni legal alguna que pudiera otorgarle competencia a aquel funcionario, para la decisión del caso.

De manera que no toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso, puede considerársela como de bastante entidad para constituir una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de

icio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía.

Mientras ello no ocurra, sería extender demasiado aquella causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis en la administración de justicia, por la invocación de un impedimento que equivaldría a que cualquiera actuación, por ligera y descuidada que se la supusiera o porque es de aquéllas que corresponden a la actuación judicial que todo Juez debe proferir, serían de esta suerte consideradas como incluidas dentro de la causal del ordinal 4º, lo que no puede ser admitido por motivo alguno.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de

Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, **DECLARA INFUNDADO** el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, doctor Carlos Lozano Quintero, para conocer del negocio contra Cándido Ríos Arenas y Roberto Monsalve, por lesiones personales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## ABUSO DE AUTORIDAD. — IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

1.—En cuanto a un abuso de autoridad, consistente en la omisión constituida por la no declaratoria de impedimento, en manera alguna puede darse fisonomía delictuosa a tal hecho, desde luego que de conformidad con los fundamentos jurídicos que caracterizan el incidente de impedimento o recusación, dentro de las normas legales, la misma doctrina, con la finalidad de garantizar la mayor imparcialidad en la administración de justicia, para suprimir todo motivo que pueda hacer dudar de la imparcialidad de los funcionarios públicos, indica que tanto los impedimentos como las recusaciones obedecen a un mecanismo legal que no puede ser modificado por la sola voluntariosa acción de las partes, sino regido por los principios que gobiernan la materia en el Código respectivo.

2.—Nada omite el funcionario, susceptible de acarrearle responsabilidad penal de ningún género, por el hecho de no hacer manifestación en el sentido de que confluía alguna de las causales de impedimento, cuando ninguna de las circunstancias previstas como motivos determinantes de la inhibición del funcionario se presentan en un caso dado. Sería aberrante que correspondiendo la calificación de tales circunstancias al mismo funcionario —porque éste es un proceso subjetivo en donde él tiene la primacía de la acción en el sentido de no considerarse suficientemente apto para fallar imparcialmente— a pesar de ello recayera sobre él responsabilidad penal por no manifestar un hecho que no tiene existencia ni moral ni subjetiva en el plano de la conciencia del Juez, único en capacidad de juzgar cuándo confluía motivo alguno que le cause la inhibitoria para fallar o decidir.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

## Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, consulta su providencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio de la cual SOBRESSEE DEFINITIVAMENTE a favor del doctor Antonio Cabrales Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, por los cargos que le formulara el abogado José Jorge Núñez, por actuaciones desarrolladas en el ejercicio de aquel empleo.

Allegado al expediente el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, procede la Corte a la revisión del auto antes referido.

## Hechos

El doctor José Jorge Núñez, abogado en ejercicio, de la ciudad de Barranquilla, en escrito de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete dirigido a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, manifiesta que el doctor Antonio Cabrales como Juez Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad, conocía de varios juicios en los cuales gestionaba como parte o como apoderado el denunciante, entre ellos un ejecutivo de Máximo Pineda Gómez contra Julio y Oswaldo Salas. Que el veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, tanto los ejecutados como el mismo doctor Núñez, se vieron en la necesidad de recusar al doctor Cabrales para que siguiera conociendo del mencionado juicio, por existir amistad íntima de éste con el doctor José Ulloque Meneses, apoderado de la contraparte.

El Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, doctor Antonio Cabrales, por auto de veintinueve de agosto del mismo año, no accedió a la solicitud del doctor Núñez y sus poderdantes, manifestando que la afirmación hecha por los peticionarios carecía en absoluto de fundamento, pues con el doctor Ulloque Meneses, apenas lo ligaba una sencilla amistad como con todos los abogados de la ciudad.

En la misma fecha, o sea el veintinueve de agosto el doctor José Jorge Núñez, en memorial diri-

do al señor Juez Primero Civil de aquel Circuito, presentó recusación contra el Juez Cuarto Civil, doctor Antonio Cabrales, alegando entonces, no sólo la amistad íntima de que antes se ha hablado, sino también enemistad del Juez recusado con los señores Salas y con el mismo doctor Núñez.

Admitido el memorial de recusación por el señor Juez Primero Civil, se pidió informe sobre el particular al Juez recusado y éste en el rendido al respecto, no acepta la causal de recusación de amistad íntima con el doctor Ulloque Meneses, como lo había hecho antes; pero, en cambio, acepta la causal de enemistad hacia el doctor Núñez, aclarando sí que acepta esta causal, no porque en realidad le tenga odio o se considere su enemigo, sino para complacer al peticionario con quien, hasta entonces, había mantenido cordiales relaciones de amistad.

En virtud de la manifestación del señor Juez recusado, el señor Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, declaró separado al Juez Cuarto Civil del mismo Circuito, doctor Antonio Cabrales, del conocimiento de la demanda ejecutiva instaurada por el doctor José Ulloque Meneses contra Julio y Oswaldo Salas.

Agrega el denunciante que el doctor Antonio Cabrales, como Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, se negó a declararse impedido en el ejecutivo de Máximo Pineda Gómez contra Julio y Oswaldo Salas y, en cambio, se manifestó impedido en todos los otros negocios que el denunciante, ya como parte o ya como apoderado, adelantaba en ese Juzgado, en los cuales no se le había formulado recusación alguna; que para que el Juez Cabrales se desprendiera del conocimiento del negocio Pineda Gómez-Salas, había sido necesario que el Juez Primero Civil del Circuito lo declarara separado de él.

Estos hechos los considera el denunciante constitutivos de delito y, por lo mismo, los puso en conocimiento del Tribunal correspondiente.

### Concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto rendido al respecto, pide la confirmación del auto materia de la consulta, por cuanto si es verdad que el Juez doctor Cabrales, en un principio, no se declaró impedido para conocer del ejecutivo de Pineda Gómez contra los Salas, más tarde accedió a ello en vista de la recusación promovida por el doctor Núñez ante el Juez Primero Civil del Circuito, no tanto por los motivos aducidos por el recusante, cuanto por razones de delicadeza personal, expuestas en el informe rendido sobre el particular. Agrega el colaborador que "la declaración de un impedimento basado en la enemistad, sin que ésta aparezca plenamente demostrada, no constituye infracción penal, porque, como lo ha dicho ya la Corte, "ese concepto envuelve de modo predominante un sentimiento subjetivo" y "porque el mejor Juez de sus propios sentimientos es la misma persona que los experimenta".

Se considera:

No fue muy explícito el denunciante al señalar, en forma jurídica y dentro de los lineamientos legales, la clase de infracción que imputaba al Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, doctor Antonio Cabrales. En su memorial-denuncio apenas se limita el doctor José Jorge Núñez a hacer una escueta relación de los hechos, que en su sentir, determinan una infracción penal; pero sin darle a ésta denominación o calificación jurídica, concretándose simplemente a detallar las actividades del funcionario, que en su concepto constituyen delito.

Sin duda alguna, dado los términos del denuncia, no se quiso imputar al Juez un delito de prevaricación, porque aunque éste hubiera sido el intento del querellante, dados los hechos que relata por ninguna manera podría deducirse de ellos que el Juez profiriera resolución contraria a la ley o al menos obrara en el ejercicio de sus funciones por animadversión o simpatía por alguna de las partes, y a sabiendas dictara una resolución injusta o arbitraria. De forma que, debe descartarse de plano toda posibilidad de la existencia de aquel delito.

En cuanto a un abuso de autoridad, consistente en la omisión constituida por la no declaratoria de impedimento, en manera alguna puede darse fisonomía delictuosa a tal hecho, desde luego que de conformidad con los fundamentos jurídicos que caracterizan el incidente de impedimento o recusación, dentro de las normas legales, la misma doctrina, con la finalidad de garantizar la mayor imparcialidad en la administración de justicia, para suprimir todo motivo que pueda hacer dudar de la imparcialidad de los funcionarios públicos, indica que tanto los impedimentos como las recusaciones obedecen a un mecanismo legal que no puede ser modificado por la sola voluntariosa acción de las partes, sino regido por los principios que gobiernan la materia en el código respectivo. Así, el impedimento está estatuido con el fin de que el mismo funcionario, cuando encuentre que alguna de las causales estatuidas lo comprende, en orden

a considerarse imposibilitado psíquica o moralmente para decidir una controversia judicial de su competencia, provoque él mismo y en forma soberana el incidente que motiva su excusa o inhibición para seguir conociendo del juicio en que concurre dicho impedimento. Es, pues, ésta una función exclusiva del funcionario, a quien compete su declaratoria expresa, a fin de que sea liberado de decidir una cuestión en que su imparcialidad y rectitud pueden estar interferidas por cualquier motivo o causa que le impida la manifestación recata y justa del derecho que se controvierte.

En cambio, la recusación es privativa de las partes interesadas, cuando un determinado funcionario en quien incida alguna de las causales señaladas taxativamente en el código, por ello mismo o por no tener absoluta confianza en su imparcialidad, se le recusa, o sea, se le pone tacha legítima al funcionario que con carácter público interviene en un procedimiento o juicio para que no actúe en él, que es lo que etimológicamente significa.

Se deriva de aquí que no puede partir del mismo funcionario, cuando subjetivamente no encuentre causal alguna que lo inhiba para sentirse incapaz de la imparcialidad que le pide la ley, la promoción del incidente, en orden a separarse del conocimiento del juicio. De consiguiente, nada omite el funcionario, susceptible de acarrearle responsabilidad penal de ningún género, por el hecho de no hacer manifestación en el sentido de que confluye alguna de las causales de impedimento, cuando ninguna de las circunstancias previstas como motivos determinantes de la inhibición del funcionario se presentan en un caso dado. Sería aberrante que correspondiendo la calificación de tales circunstancias al mismo funcionario —porque éste es un proceso subjetivo en donde él tiene la primacía de la acción en el sentido de no considerarse suficientemente apto para fallar imparcialmente— a pesar de ello recayera sobre él responsabilidad penal por no manifestar un hecho que no tiene existencia ni moral ni subjetiva en el plano de la conciencia del Juez, único en capacidad de juzgar cuándo confluye motivo alguno que le cause la inhibitoria para fallar o decidir.

No otras son las razones para que la Corte haya sustentado sin vacilación la doctrina de que la "manifestación de impedimento debe partir del funcionario judicial, como una espontánea expresión de su creencia de no estar en condiciones de conocer del proceso", y que "las partes, en cambio, tienen el derecho no de incitar al funcionario para que se declare impedido, sino de recusarlo".

El hecho de que el doctor Cabrales, ante la incitación injustificada de que se declarara impedido, no hubiera procedido así, por no encontrar en su conciencia motivo alguno que lo indujera a tal acto, no constituye delito alguno de omisión, susceptible de responsabilidad ante la ley. Por el contrario, la recusación de que fue objeto, promovida sin motivo alguno, según el propio funcionario creaba ya entre las partes interesadas y el Juez motivo de tirantez bastante para que, llegadas a tal extremo las cosas, el funcionario mismo se considerara inhibido para conocer de los juicios en que pudiera tener algún interés el denunciante doctor Núñez. El proceso psíquico era, pues, lógico: solicitado para declararse impedido, no consideró que existiera motivo legal alguno para hacerlo; recusado, aceptó los motivos de la recusación propuestos, por la forma que consideraba injusta de dudar de su honestidad e imparcialidad como administrador de justicia. De allí en adelante, nada más natural que existiendo ya un motivo psicológico de enemistad, surgida por esos incidentes, así lo manifestara, para considerarse impedido. Como se ve, no hay en estos hechos nada que implique una acción dolosa.

Es verdad que no exige el código, como lo preveía el artículo 359 de la ley 105 de 1890, que para establecer queja o denuncia en los juicios de responsabilidad contra los funcionarios públicos, se debía acompañar la prueba siquiera sumaria del relato, so pena de que si no constare esa prueba por otro medio probatorio, la investigación quedara en suspenso.

Mas, con todo, sería muy de desearse que cuando se fuera a promover denuncia contra los empleados o funcionarios públicos, los que tal cosa hicieren, dieran a esta acción un carácter de absoluta honestidad y seriedad, a fin de que los servidores públicos no se encontraran expuestos a que sobre ellos cayera injustamente la infamia de una acusación criminal, que sin duda alguna puede causarles perjuicios morales de consideración. De esta manera, al interés de la sociedad, consistente en que los funcionarios públicos tengan control en sus actos, para que no se desmanden con arbitrariedad e injusticia, correspondan también los particulares o los interesados no haciendo uso de las prerrogativas legales sin un fundamento serio que justifique tal actividad, que de usarse inconsiderada e inmoderadamente apenas serviría para demostrar o establecer que los funcionarios públicos, por el solo hecho de serlo, deben estar expuestos a la injusticia de los demás, cuando cualquier injusticia

arbitrariedad que ellos cometan les acarrea responsabilidad.

Por tanto la Corte —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, CONFIRMA en todas sus

partes el auto materia de esta consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



## INDISPONIBILIDAD DE LA ACCION PENAL

1.—La Corte, en providencia de 26 de noviembre de 1948, expuso las razones por las cuales ella considera que, cuando, antes de dictarse el auto cabeza de proceso, vea el funcionario con toda claridad que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que es necesaria la querrela, etc., lo que debe hacer el dicho funcionario es rechazar la acción penal por medio de un auto en que exponga las razones por las cuales así se procede, auto que es indudablemente de carácter interlocutorio, por cuanto resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable, y debe tener, por tanto apelación para ante el superior.

2.—Una de las condiciones de la acción penal, fuera de ser pública, es la de que en ella no hay disponibilidad, o sea, que los funcionarios no pueden dejar de adelantarla si el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

## Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Barranquilla su proveído de 5 de noviembre último, por el cual declara cesado el procedimiento contra el doctor Máximo Tinoco Hoyos, Juez Primero del Circuito Penal de la misma ciudad, en virtud de haberse comprobado que los delitos porque fue acusado no habían tenido existencia.

Es el caso que el doctor Ramón Castro González dirigió un memorial al Fiscal del Tribunal de Barranquilla, en el cual le solicitaba que revisara el proceso que en el Juzgado Primero Penal se ade-

lantaba contra José de los Santos Muñoz Rúa, con el fin de que promoviera ante aquella entidad la acción correspondiente. A éste (Muñoz Rúa) lo había acusado José León Barandica de haber roto unas cercas con el fin de dar paso a los ganados para que pudieran llegar a un abrevadero situado en terrenos del mentado Barandica.

Los hechos ejecutados por el Juez Tinoco Hoyos y que, en concepto del doctor Castro González, pueden ser delictuosos, son los siguientes:

a) Antes de recibirle indagatoria al sindicado, ordenó practicar una diligencia de inspección ocular;

b) En la carátula del expediente se escribió como cargo contra Muñoz Rúa el de "abigeato";

c) Oportunamente solicitó la práctica de unas pruebas, esto es, que se recibieran unas declaraciones de testigos, y el Juez no accedió a recibirlas y le devolvió el memorial, por no figurar el doctor Castro González como apoderado sino para la diligencia de indagatoria;

d) No cumplió el Juez con la obligación de hacerle saber que podía nombrar apoderado para que lo asistiera en todas las diligencias del sumario, según el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal;

e) El Juez no quiso aceptar inmediatamente un poder que le envió el acusado, diciendo que tenía que irse para visita de cárcel;

f) Procedió indebidamente a hacer detener al sindicado; y

g) En fin, en las actuaciones ha demostrado parcialidad en favor de la parte civil, como lo acreditan las anteriores circunstancias y otras.

Se considera:

Antes de entrar a estudiar a fondo el negocio, conviene recordar la doctrina de esta Sala, sobre el procedimiento que debe seguirse en caso de que se considere que la acción penal no debe iniciarse, por no tener fundamento alguno los cargos, esto es, porque antes de dictar el auto cabeza de proceso se haya llegado a la conclusión de que no existe delito alguno que investigar. Dijo así la Sala en providencia de 26 de noviembre del año pasado:

"Pero entonces, cabe preguntar qué debe hacer un funcionario cuando antes de dictar el auto cabeza de proceso vea con toda certidumbre que el

hecho imputado no ha existido, o que el procesado lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que es necesaria la querrela, etc.?

“Estima la Sala que en estas ocurrencias se debe rechazar la acción penal por medio de un auto en que exponga las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indubitablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

“De la naturaleza especial de esta actuación, porque el objeto primordial de las investigaciones criminales es el de averiguar si realmente se ha infringido la ley penal y quiénes son los autores del delito; de manera que si el hecho imputado no existe, o si la ley no lo considera como ilícito, o si antes de iniciar el sumario consta plenamente que el acusado o los acusados no son los infractores, etc., la actividad del Estado carecería de finalidad y lo procedente es abstenerse de iniciar un proceso inútil.

“Eso quiso decir la Corte cuando expresó que es inexacta la tesis de que toda denuncia criminal debía acogerse incondicionalmente, por el único hecho de haber sido presentada, y que las autoridades no estaban abligadas a iniciar un proceso criminal sino cuando la denuncia tiene fundamento, “esto es, cuando haya alguna posibilidad siquiera de que un ilícito penal se haya realizado, pero no cuando el hecho es física o legalmente imposible”. Eso mismo expresan los comentaristas cuando dicen, por ejemplo Florián, que si “falta una inculpación de delito el proceso no puede surgir”, aunque no es necesario que exista “como verdad de hecho, sino que basta que tenga existencia como hipótesis”.

“El hecho de que la acción penal sea pública y que por eso no haya en ella la **disponibilidad** ni **inmutabilidad** en el objeto del proceso, no quiere decir que el juez tenga que adelantar una acción puesta bajo su tutela si no existe, porque donde no hay objeto sobre el cual recaiga la actividad del Estado no puede haber obligación de actuar para el juez. Dicho en otros términos, si la acción penal “es consecuencia necesaria e ineludible de la in-

fracción penal”, síguese que no lo es cuando no existe ni siquiera como hipótesis, como posibilidad, la existencia de la infracción.

“Y que así debe actuarse se deduce también de lo preceptuado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, pues allí se estatuye que cuando la persona que presente una querrela no fuere querellante legítimo y la infracción no obliga a proceder de oficio, el funcionario, “por medio de auto motivado, la devolverá al querellante ilegítimo”. Y es que si el Código de Procedimiento autoriza para acudir al estatuto procesal civil en lo que no se oponga a la naturaleza de aquellas actuaciones (de procedimiento penal), mayor razón para buscar la analogía en los preceptos del mismo código cuando haya vacíos en el modo de actuar (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal)”.

Lo anterior se advierte, porque el memorial del doctor Castro González no hacía los cargos concretamente, afirmándolos, sino que acudió al Fiscal para que en cumplimiento de sus deberes (artículo 92 y siguientes del Código de Procedimiento Penal) “averiguara la veracidad de los hechos” que denunciaba y, si aparecían reales, promoviera ante el Tribunal “el proceso penal correspondiente”. No actuó en esa forma, que era la obligatoria para él, el señor Agente del Ministerio Público, y de ahí surgió este proceso, sin base alguna.

Porque llamado el denunciante a ratificar su denuncia, dijo:

“No me ratifico en el denuncia, porque en el mismo memorial a que se refiere la pregunta hice la aclaración de que no sabía exactamente lo que estaba sucediendo dentro del proceso después de la indagatoria del sindicado, y mis afirmaciones estaban condicionadas a que en realidad estuvieran sucediendo los hechos que suponía, para lo cual pedí precisamente la visita del Fiscal Segundo o sea para enterarme de lo que esta sucediendo. Leído por mí el expediente encontré que el auto de detención no era posterior a la providencia en que solicité la práctica de pruebas que debieran tenerse en cuenta para dictar dicho auto”.

El Tribunal no podía abstenerse de adelantar las diligencias, porque una de las condiciones de la acción penal, fuera de ser pública, es la de que en ella no hay disponibilidad, o sea, que los funcionarios no pueden dejar de adelantarla si el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso. Y si aquí el denunciante no se ratificó en su denuncia, el Fiscal pasó el memorial al Tri-

bunal "para que se le dé el curso legal correspondiente" (f. 13).

Entrando ya al estudio de los cargos se tiene:

a) Hizo bien el Juez acusado en practicar inmediatamente que se le presentó la denuncia la diligencia de inspección ocular pues, como la Procuraduría lo anota, dada su importancia, "ella debe realizarse sin demora y aún a raíz de dictado el auto cabeza de proceso, como sucedió aquí y como lo ordena el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal".

b) Que en la carátula o portada del expediente se hubiera escrito la denominación de un delito por otro, no es cargo que pueda obrar contra el Juez, sino acaso contra el Secretario en el evento de que hubiera procedido dolosamente.

c) Está probado con copias del proceso que el Juez decretó la práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado del sindicado, una vez que éste acreditó su personería debidamente (folio 51).

d) y e) No advirtió el Juez al procesado Muñoz Rúa que podía nombrar un apoderado que lo asistiera "en todas las diligencias del sumario", como lo manda el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal; pero apenas le mostró el doctor Castro González una doctrina del Tribunal sobre el particular, revocó de oficio y de plano el auto que negaba la práctica de las pruebas, que ordenó llevar a cabo y cuando recibió el poder que el sindi-

cado le daba, reconoció su personería, en su debida oportunidad.

f) Sobre el auto de detención anota el Procurador que "el sumario daba base para privar al sindicado de su libertad, según los fundamentos consignados en el auto de 31 de marzo de 1919 (folio 41)".

g) Y, en fin, sobre la parcialidad basta observar que el doctor Castro González declara en su memorial que él no conocía el proceso y que los cargos estaban condicionados a la verificación que de ellos hiciera el Fiscal del Tribunal, que no hizo y que las sugerencias de parcialidad por parte del Juez, que hace en su escrito, no tienen el menor fundamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

## NULIDADES. — ASESINATO. — INSIDIA

1.—Según el artículo 200 del C. de P. P., en cualquier estado del proceso en que el Juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, deberá decretar la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenar al mismo tiempo que se reponga el proceso para que se subsane el defecto. Pero esta disposición es necesario entenderla en el sentido de que guarde armonía con las disposiciones generales que gobiernan la nulidad, pues si el mismo legislador creó dos especies de éstas, dividiéndolas en absolutas y relativas, es porque en las primeras no admite forma alguna de subsanar la nulidad, ya que el vicio producido por ella deja inexistente toda actuación judicial, mientras que en las segundas, la relatividad misma consiste en que la ley señala un término dentro del cual las partes pueden solicitar la declaratoria de nulidad, pasado el cual si aquellas no la alegan, su silencio se interpreta como una manifestación clara de que sus intereses no han sido vulnerados, que es al fin y al cabo la razón filosófico-jurídica que justifica la teoría de las nulidades en el proceso penal.

Concatenando y armonizando los artículos 200 y 201 de la obra en cita, resulta lo siguiente: que el primero de los artículos nombrados, relacionado también con el artículo 457, es menester entender que hace referencia a las nulidades absolutas toda vez que las relativas tienen su tiempo preciso de alegación por las partes o declaratoria por el Juzgado, y sólo dentro de tales términos es permitido hacer uso de esta facultad, pasado el cual se interpreta como aceptación implícita de una actuación que no vulnera derecho alguno de la defensa del reo.

2.—Si la insidia consiste, como lo dicen los doctrinantes, en toda suerte de artificios o maquinaciones empleados para causar la muerte de otro, reduciendo hasta lo mínimo las posibilidades de fracaso que pudieran resultar de la acción defensiva de la víctima, resulta evidente que bien sea que se juzgue

como un ocultamiento moral, según el pensamiento de Carrara, en que el disimulo del propósito criminoso es un factor decisivo para que la acción se cumpla con las mejores posibilidades subjetivas del agente para no errar el golpe, lograr la impunidad y salir indemne del ataque, o bien dicho ocultamiento sea físico, material, como cuando la acción delictuosa se lleva a efecto en forma sorpresiva y sin fingimiento alguno que prevenga a la víctima del ataque de que va a ser objeto; en ambos casos, existiendo el medio insidioso, esta sola circunstancia es bastante para elevar el homicidio a la categoría de asesinato.

Por lo tanto, resulta que cuando quiera que se emplea ese medio, dicha sola circunstancia es suficiente para eliminar las otras especies de insidia o modalidades en la comisión del hecho que el código designa como asechanza o envenenamiento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

## Vistos

Modesto Velásquez Correa fue sentenciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en Miguel López. Contra esta sentencia el defensor del procesado, doctor José J. Calderón C., interpuso el recurso de casación, el que tramitado procedimentalmente en forma legal, se procede a resolver.

## Hechos

Refieren los autos que el domingo ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, se efectuaba el mercado público en el Corregimiento de Frías, Compendión del Municipio de Falan. Miguel se ocupaba allí en el expendio de carnes en la plaza. Entre la una y las dos de la tarde, López se

dirigió a la tienda de Marco T. Guarnizo, en donde solicitó de éste un préstamo de cinco pesos, que le fue concedido; esto fue motivo para que Miguel López ofreciera a Guarnizo, un trago de aguardiente y él se tomara una cerveza; ambos amigos se encontraban tomando, cada uno su licor, cuando entró a la tienda Modesto Velásquez, quien le echó el brazo a López, diciéndole: "con éste sí me voy a tomar la cerveza"; en este preciso momento llegó a la misma tienda Darío Velásquez y en forma sigilosa dirigiéndose a Miguel López, le asestó un golpe con arma blanca y retrocedió, queriendo huir; López se llevó la mano al abdomen y entonces Modesto Velásquez, que lo tenía abrazado, con un cuchillo dio dos puñaladas al mismo López, derribándolo al suelo y causándole la muerte momentos después. Las demás personas allí presentes, debido a lo inusitado y rápido en que se sucedieron los hechos, sólo pudieron intervenir para detener a los agresores y entregarlos a la autoridad.

#### Antecedentes procesales

Por auto de fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, el señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Ibagué, abrió causa criminal, por los trámites en que interviene el jurado, contra Darío y Modesto Velásquez Correa, por el delito de homicidio en la persona de Miguel López, ilícito que, dadas las circunstancias en que fue consumado, se le calificó en el referido auto, como asesinato, porque para su ejecución se empleó la insidia, la asechanza y la alevosía.

El día diez y seis de junio de mil novecientos cuarenta y siete, fue sometido el negocio a la decisión del jurado de conciencia, en cuya audiencia se declaró responsable a Darío Velásquez Correa de la muerte de Miguel López, pero sin insidia, asechanza y alevosía; al paso que a Modesto Velásquez se le favoreció con veredicto negativo de responsabilidad. Esta conclusión de los jueces populares, dio como resultado la declaratoria, hecha por el Juez de la causa y confirmada por el Tribunal de la segunda instancia, de contraevidencia en el veredicto.

Sometido por segunda vez el caso a la consideración de los jueces de hecho, al jurado se le preguntó lo siguiente, en cuanto se refiere al reo Modesto Velásquez Correa:

"El acusado Modesto Velásquez Correa, es responsable de haber ocasionado la muerte a Miguel López, por medio de tres heridas de carácter mortal, causadas con arma punzo-cortante, en diferen-

tes partes del cuerpo, penetrantes de las cavidad abdominal y torácica, que interesaron el polo superior del hígado, el ligamiento suspensor de ese órgano, la base del pulmón derecho, hicieron hendir el intestino, perforaron el bazo y la cola del páncreas, hicieron cuatro perforaciones intestinales, interesaron el pulmón izquierdo y el corazón en su ventrículo izquierdo, produjeron gran hemorragia interna y externa y la muerte instantáneamente; hecho ejecutado por Modesto Velásquez Correa con el concurso de tercera persona, con el propósito de matar, con insidia, asechanza, alevosía, y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, y ocurrido de la una a las dos de la tarde del domingo ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, dentro de la tienda de Marco T. Guarnizo, ubicada en la acera occidental de la plaza principal de la cabecera del Corregimiento de Frías, de la comprensión territorial de Falan de este Distrito Judicial?"

A la anterior cuestión propuesta, el jurado respondió así: "Sí, pero sin insidia ni asechanza".

Con base en el veredicto citado, el Juez de la causa dictó sentencia condenatoria contra los procesados Velásquez Correa, en la cual se impuso a Modesto Velásquez Correa, la pena principal de quince años de presidio que, posteriormente, recibió confirmación en esta parte del fallo, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fallo de segunda instancia contra el cual se interpuso el recurso de casación, que ahora se resuelve.

#### Causales de casación

Siguiendo el orden acogido por el señor Procurador Delegado en lo Penal en la enunciación de las causales propuestas y sustentadas por el actor del recurso, ellas son las siguientes, con la réplica que a las mismas hace el Agente del Ministerio Público:

#### Causal cuarta: Nulidad del juicio

El demandante apoya esta causal en el hecho de que el señor Luis A. Bernal, intervino como jurado de conciencia, en las dos audiencias que en este proceso se celebraron, contra lo dispuesto en el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal y argumenta así:

"De acuerdo con el artículo 493 del C. de Procedimiento Penal "no podrán ser jurados en determinada causa", entre otros, "los que hubieran formado parte de otro jurado en que se haya debati-

el mismo proceso". Esta causal de nulidad es de carácter sustantivo porque antes que referirse a los derechos del sindicado y a las fórmulas del procedimiento, está garantizándola a la sociedad que debe juzgar por segunda vez a un acusado una vez que no haya sido el mismo que dio un veredicto injusto, según los antecedentes procesales. Esta inhabilidad de los jueces de hecho, que intervinieron en el veredicto declarado injusto, no puede subsanarse de ninguna manera, porque contiene una prohibición y porque implica el desconocimiento de una fórmula procesal que es esencial en el rigorismo del proceso para su configuración legal.

"¿Cómo podría sostenerse que el mismo juez que dio un veredicto injusto, porque así está declarado, deba ser quien de nuevo dicte otro veredicto?"

#### Réplica del Agente del Ministerio Público

Refiriéndose a esta causal cuarta, el señor Procurador Delegado en lo Penal, acepta porque ello es evidente, que en este proceso se hicieron dos audiencias, la última de las cuales fue consecuencia de haber sido el primer veredicto declarado contrario a la evidencia de los hechos, y que en ambas intervino como jurado de conciencia el señor Luis A. Bernal, cuya identidad aparece probada en los autos.

Acepta también el colaborador, que de conformidad con los artículos 493, 510 y 511 del Código Procesal Penal, el señor Bernal estaba legalmente impedido para actuar en el segundo veredicto, porque ya había hecho parte del primer cuerpo de jurados reunidos en el presente negocio, y agrega:

"Pero esta irregularidad sólo constituye una de las llamadas nulidades relativas del proceso, ya que se subsana por el silencio de las partes, esto es, por no reclamar en las oportunidades que la misma ley indica.

"Esas oportunidades son dos: el acto del sorteo de los jurados, y los cinco días siguientes a su celebración (artículos 510 y 511 del C. P. P.).

"En estos casos de impedimento de los jurados, ocurre algo semejante con los impedimentos de los jueces de derecho: que mientras las inhabilidades no se susciten, de manera expresa, bien por la declaratoria del Juez impedido, o bien por el incidente de recusación, el funcionario tiene potestad legal para actuar en el proceso y sus actividades son perfectamente válidas, tal como lo ha resuelto en varias ocasiones la H. Corte".

Se considera:

El Código de Procedimiento Penal al prescribir en el artículo 488 que el cargo de jurado es de forzosa aceptación y señalar el lapso de duración del mismo en un año, necesariamente debía crear las excepciones a este principio general, bien en forma de excusas, que pueden ser absolutas o relativas, o bien en forma de inhabilidades para el desempeño del mismo cargo, las cuales pueden tener iguales caracteres, es decir, ser también absolutas o relativas.

Al designar taxativamente el artículo 489 de la misma obra las personas que en ningún caso podrán ser jurados, es porque crea una inhabilidad absoluta para que tales personas puedan desempeñar dicho cargo, que por regla general —como se ha dicho— es de forzosa aceptación, a menos que ocurra alguna de las excepciones previstas en la ley.

Pero deben existir también inhabilidades relativas y el Código las creó en el artículo 493 al señalar los casos en que tal ocurrencia podría presentarse, entre las cuales indicó que no podrán ser jurados, en determinada causa, los que hubieren formado parte de otro jurado en que se haya debatido el mismo proceso.

Es claro que correlativamente a estas exigencias legales, el estatuto debía prever también la forma de hacer efectivo el cumplimiento de esas reglas, para el caso de que fueran infringidas. Y así en el capítulo de las nulidades, al tratar precisamente las que corresponden a los juicios en que interviene el jurado, creó la norma del numeral 3º del artículo 199, instituyendo como nulidad el hecho de no reemplazar al jurado o jurados si existía causa legal para hacerlo, circunstancia ésta que es, como fácilmente puede comprenderse, alguna de las que están previstas en los artículos 492 y 493 del Código de la materia.

El mismo estatuto debía señalar, también, los momentos en que podía ejercer el cargo forzoso de jurado. Señaló así en los artículos 510 y 511, y haciendo referencia expresa a los artículos 492 a 496, que como se ha visto establecen las inhabilidades absolutas y relativas para el ejercicio de tal cargo, el momento en que las partes podían alegar el impedimento comprendido en aquellos artículos, momento que en la primera de las disposiciones citadas en el acto de practicar el sorteo de jurados, y el segundo de los mismos, dentro de los cinco días siguientes a la celebración de aquella diligencia, sin que, de conformidad con el texto legal, sea indispensable que la parte que alega el impedimento haya concurrido al acto, pues esto es indi-

ferente para la ley. Otorga este mismo artículo (511) la facultad al Juez para decretar de oficio el reemplazo de los jurados que estén legalmente impedidos.

De conformidad con los preceptos anotados, en síntesis, tanto las partes, como el Juez, pueden, bien en el mismo acto de la diligencia de sorteo, o dentro de los cinco días siguientes, solicitar o decretar el reemplazo de las personas en que concurra alguna de las causales de inhabilidad, bien sean absolutas o relativas.

Pero para que este hecho sea constitutivo de nulidad, de conformidad con las normas que regulan la materia, la ley también señala términos dentro de los cuales si se ejerce el derecho de pedir el reemplazo de los jurados inhabilitados para el cargo, y el Juez no lo otorga, la actuación queda viciada de nulidad, al tenor del ordinal 3º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, pues este texto sólo autoriza hacer el reclamo correspondiente, dentro de los cinco días siguientes a la diligencia del sorteo o en el momento mismo en que esta diligencia se practica. Lo cual quiere decir que si se deja pasar ese término es porque se la subsana por el silencio de las partes.

Según el artículo 200 en cualquier estado del proceso en que el Juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, deberá decretar la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenar al mismo tiempo que se reponga el proceso para que se subsane el defecto. Pero esta disposición es necesario entenderla en el sentido de que guarde armonía con las disposiciones generales que gobiernan la nulidad, pues si el mismo legislador creó dos especies de éstas, dividiéndolas en absolutas y relativas, es porque en las primeras no admite forma alguna de subsanar la nulidad, ya que el vicio producido por ella deja inexistente toda actuación judicial, mientras que en las segundas la relatividad misma consiste en que la ley señala un término dentro del cual las partes pueden solicitar la declaratoria de nulidad, pasado el cual si aquellas no la alegan, su silencio se interpreta como una manifestación clara de que sus intereses no han sido vulnerados, que es al fin y al cabo la razón filosófico-jurídica que justifica la teoría de las nulidades en el proceso penal.

Concatenando y armonizando los artículos 200 y 201 de la obra en cita, resulta lo siguiente: que el primero de los nombrados, relacionado también con el artículo 457, es menester entender que hace referencia a las nulidades absolutas toda vez que

las relativas tienen su tiempo preciso de alegación por las partes o declaratoria por el Juzgado, y sólo dentro de tales términos es permitido hacer uso de esta facultad, pasado el cual se interpreta como aceptación implícita de una actuación que no vulnera derecho alguno de la defensa del reo.

Al iniciarse el artículo 201 con la frase "salvo disposición legal en contrario", esta disposición debe ser entendida en el sentido de que las nulidades que pueden ser alegadas en cualquier estado del proceso, son aquellas no susceptibles de ser subsanadas por el expreso silencio de las partes. La disposición en contrario que prohíbe ser alegadas o declaradas en todo tiempo, es precisamente aquella que remite tal actuación a determinada oportunidad, fuera de la cual la causal de nulidad no puede prosperar porque la norma adjetiva no la autoriza.

Por lo demás, la justicia penal no puede estar supeditada a los intereses de la defensa, cuando quiera que ésta deja abierta la posibilidad de que se produzca una nulidad por dejar sin reclamar una actuación judicial que puede lesionar sus derechos, pero que la ley misma previene que debe ser salvada dentro de determinado lapso, lo que si no se hace, para producir aquel resultado, no puede permitir que se alegue cuando circunstancias adversas a las pretensiones de la defensa se han producido.

Las siguientes jurisprudencias de la Corte, reafirman estas mismas doctrinas:

"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 aún en casación, "salvo disposición legal en contrario". (G. J., Tomo LXIII, números 2057-2058, página 877).

En un proceso en donde se debatió una causal de nulidad semejante a la que actualmente se alega y con base en el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, la Corte dijo:

"Es verdad que el artículo 511 del Código de Procedimiento, citado por el recurrente, dice en su in-

so final, que el Juez debe tener como norma invariable la absoluta imparcialidad de los jueces hecho exigida por la ley" y que es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia.

"Pero no echó de ver el recurrente que el primer inciso de esa misma disposición fija el plazo de cinco días siguientes al sorteo para que las partes puedan recusar a los jurados legalmente impedidos y también para que el Juez decrete de oficio el reemplazo de los jurados que estén impedidos legalmente.

"En este proceso no efectuó la parte interesada el correspondiente reclamo o recusación ni en el acto del sorteo ni dentro de los cinco días siguientes; y el Juez tampoco decretó de oficio la separación del jurado señor Valbuena.

"Esta que podría considerarse una razón meramente formal, encuentra apoyo y respaldo en el fondo mismo del motivo de impedimento que el recurrente quiere encontrar cuando afirma que el precitado miembro del jurado señor Valbuena estaba impedido para actuar, de acuerdo con el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal. Esta disposición tiene que entenderse en el sentido de que el miembro del jurado a quien se considere impedido haya desempeñado el oficio de juez, fiscal, o apoderado del procesado o de la parte civil en el mismo juicio, porque hay un fundado temor de que se sienta ligado por la tesis u opinión sostenida en el caso concreto de que se trata y carezca, por ello, de la tranquila libertad que se requiere para proferir una decisión.

"Por otra parte: de las causales de nulidad taxativamente enumeradas por el artículo 199 del Código de Procedimiento, para los juicios por jurado, la única pertinente en este caso, sería la del numeral 3º que dice:

"Reemplazar ilegalmente en el acto del sorteo a alguno de los designados o no reemplazarlo si existía causal legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alega la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes".

"Y Leonardo Bárcenas o su defensor ninguna objeción hicieron en el acto del sorteo ni dentro de los cinco días siguientes, ni siquiera en el tiempo transcurrido hasta la audiencia pública o durante ésta. Otra cosa sería si habiendo los interesados reclamado oportunamente, su reclamo se hubiese quedado sin resolver o hubiera sido resuelto de manera ilegal, pues entonces sí habría que considerar de nuevo en casación el punto".

Es de anotar que la nulidad no fue aceptada en la anterior doctrina de la Corte, a pesar de tratarse del impedimento de un Fiscal que actuó como jurado en la causa en que había intervenido en aquel carácter. Con mayor razón debe decirse lo mismo, pues no existe motivo para cambiar de jurisprudencia, en el caso de este proceso.

Las anteriores consideraciones hacen ver por qué no puede prosperar en este proceso la causal cuarta de nulidad alegada en casación.

#### Causal tercera: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto

Sostiene el demandante que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, puesto que en ella se condenó a su defendido como responsable de asesinato, siendo así que el jurado descartó las características de tal delito, "porque las condiciones de indefensión de la víctima fueron rechazadas", cuando negó las circunstancias de insidia y asechanza, que le fueron sometidas a su consideración en el cuestionario.

#### Concepto fiscal

El señor Procurador, impugna esta causal manifestando que en el auto de proceder, se imputó a Modesto Velásquez y a su hermano Darío, un homicidio agravado, de los que la ley penal denomina asesinato, cargo éste que el Tribunal de la instancia puntualizó muy claramente en la providencia respectiva, calificación jurídica que corresponde a la realidad procesal.

"La tesis central —agrega— del demandante es la de que, al negar el jurado la insidia y asechanza, implícitamente descartó también la alevosía, que está contenida en aquellos dos vocablos. Por lo cual, las modalidades a que se refiere el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal no concurren aquí, conforme al veredicto.

"El argumento está muy hábilmente planteado, pero es inadmisibile.

"Conformé al veredicto, la situación jurídica de Modesto Velásquez es esta: dio muerte a Miguel López, con el propósito de matar, con alevosía y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad. Y así las cosas, la respuesta del Tribunal popular es declarativa de un homicidio - asesinato.

"El artículo 363, numeral 5º, del Código Penal establece:

"El homicidio toma la denominación de asesinato

y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

“5º—Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento”.

“La insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento figuran en la norma como simples ejemplos y no como enumeración de orden taxativo, puesto que el ordinal empieza usando la expresión genérica de “cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión”, la exigencia esencial del precepto, la resultante de esos simples ejemplos, sólo es la indefensión o inferioridad del ofendido en los momentos en que el agresor, aprovechándose de esa situación, comete el homicidio”.

Para corroborar su concepto, el colaborador transcribe apartes de la discusión en la Comisión de Reformas Penales sobre el asesinato y algunas de sus circunstancias calificadoras, y de ellas deduce la diferencia de significado entre *insidia* y *asechanza*, que son equivalentes, “e implican la más alta perversidad y perfidia de parte del delincuente”, y *alevosía* que significa que “el delincuente no recurre a esa serie de maquinaciones para obtener la indefensión del sujeto pasivo del delito, sino que la aprovecha para realizar el homicidio, mostrando su cobardía y deslealtad en el ataque”.

Concluye el concepto del Agente del Ministerio Público, manifestando que si el jurado descartó en el caso de autos la insidia y la asechanza, no sucedió lo mismo con la alevosía, circunstancia ésta propuesta también en el cuestionario, lo que quiere decir que la sentencia está en perfecto acuerdo con el veredicto y, por tanto, la causal tercera tampoco resulta establecida.

Se considera:

Fue motivo de detenido estudio en las audiencias públicas del proceso, lo concerniente a la calificación jurídica del delito atribuido a Modesto Velásquez, especialmente en lo referente al hecho de si las circunstancias específicas del asesinato que fueron incluidas expresamente en el cuestionario, daban al homicidio la calificación de agravado que le corresponde.

Al tribunal popular le fue propuesto, desde la primera audiencia pública celebrada en el proceso, un cuestionario que incluía las circunstancias de insidia, asechanza y alevosía, en la ejecución del

hecho. El jurado, en el primer veredicto, infirmo por unanimidad la responsabilidad del reo, pues su respuesta fue una negativa rotunda (folio 204 cuaderno principal), lo que ocasionó que fuera entonces aplicada, la norma del artículo 537 del Código Procesal Penal, por considerar ese veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Al producirse el segundo veredicto, a virtud de aquella declaración de contraevidencia del primero, el tribunal popular a quien le fue formulado un cuestionario que incluía también las circunstancias de insidia, asechanza y alevosía, y agregaba el hecho de que si el delito se había cometido “poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad”, dio esta respuesta: “Sí, pero sin insidia ni asechanza”.

Como es fácil observarlo esta última decisión del Jury, se tradujo en descartar la insidia y la asechanza en la comisión del delito, pero sin negar la condición de que se hubiese cometido con alevosía y en circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima.

El argumento del recurrente estriba, de manera especial, al alegar la causal tercera, en que el último veredicto, definitivo por el querer expreso de la ley (artículo 537 del C. de P. P.), al prescindir de las circunstancias de asechanza e insidia, quiso por lo mismo descartar también la indefensión o inferioridad de la víctima y la alevosía con que procediera el victimario.

Mas las mismas constancias del proceso indican que la decisión del jurado está respaldada por las pruebas del proceso, ya que suficientemente analizadas y pesadas dentro del juicio y halladas bastantes, por su solidez y fuerza probatoria, para establecer la responsabilidad de los ejecutores del hecho en que perdió la vida Miguel López.

Fue apenas lógico el veredicto cuando descartó la insidia en la comisión del delito. Si la insidia consiste, como lo dicen los doctrinantes, en toda suerte de artificios o maquinaciones empleados para causar la muerte de otro, reduciendo hasta lo mínimo las posibilidades de fracaso que pudieran resultar de la acción defensiva de la víctima; resulta evidente que bien sea que se juzgue como un ocultamiento moral, según el pensamiento de Carrara, en que el disimulo del propósito criminoso es un factor decisivo para que la acción se cumpla con las mejores posibilidades subjetivas del agente para no errar el golpe, lograr la impunidad y salir indemne del ataque, o bien dicho ocultamiento sea físico, material, como cuando la acción delictuosa se lleva a efecto en forma sorpresiva y sin fingi-

nimiento alguno que prevenga a la víctima del ataque de que va a ser objeto; en ambos casos, existiendo el medio insidioso, ésta sola circunstancia es bastante para elevar el homicidio a la categoría de asesinato.

Por lo tanto, resulta que cuando quiera que se emplea ese medio, dicha sola circunstancia es suficiente para eliminar las otras especies de insidia o modalidades en la comisión del hecho que el código designa como asechanza o envenenamiento.

Estuvo también lógico el jurado al negar la asechanza, pues siendo ésta una modalidad de la insidia, consistente en el ocultamiento físico del victimario para sorprender a su víctima, buscando de esta suerte el máximo de seguridad propia y disminuyendo en alto grado la defensa de ésta, su característica específica tiene que estar en concordancia con los medios puestos por el agente, que cuando no resultan del proceso no puede ser constitutiva de un homicidio agravado o calificado, para que en tal caso actúe como modalidad que otorga al hecho aquella especial categoría.

Pero descartadas estas circunstancias, como lo hizo el jurado en este proceso, dejando vigente la alevosía y la indefensión e inferioridad de la víctima, ello sólo es bastante para que el delito tome la calificación de asesinato, sin que sea preciso que concurren todas las modalidades que señala el ordinal 5º del artículo 363. Esto porque siendo la alevosía una forma de traición, de cautela, se caracteriza en ella también, y como en las otras circunstancias señaladas en el mismo numeral, otra forma de indefensión e inferioridad, que al concurrir en la ejecución del hecho, conllevan la denominación de asesinato.

De manera, pues, que aunque no existiera en la ejecución del hecho la asechanza, porque no hubo ocultación física del agente al llevar a cabo el delito, ni insidia, porque tampoco hubo artificio ni engaño que significara un ocultamiento moral o material para realizarlo, la sola presencia de la alevosía, acompañada de la indefensión e inferioridad, reconocidas en el veredicto, son bastantes para dar categoría de asesinato al homicidio.

La Corte prohija sobre esta materia, las siguientes conclusiones del concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal:

“La insidia y la asechanza son equivalentes, e implican la más alta perversidad y perfidia por parte del delincuente, porque se vale de ellas, bien para reducir a la víctima a un estado de absoluta impotencia, o bien para inducirla a entregarse confiadamente en manos de su enemigo. En estos ca-

sos, el agresor planea y obtiene el encuentro de su víctima para ultimarla con seguridad y sin peligro alguno de que ésta reaccione. El alma del homicida se muestra entonces más tenaz y el dolo se presenta en sus grados máximos, a tal punto que es muy difícil descartar la premeditación.

“En cambio, en la alevosía, el delincuente no recurre a esa serie de maquinaciones para obtener la indefensión del sujeto pasivo del delito, sino que la aprovecha para realizar el homicidio, mostrando su cobardía y deslealtad en el ataque. El no crea la situación desventajosa de la víctima, como en la insidia; él utiliza la indefensión que le brindan las especiales circunstancias del momento. Por eso, la alevosía puede concurrir sin dolo premeditado. Lo fundamental del acometimiento alevoso es que el agresor se dé cuenta de que la víctima está desprevenida y en la incapacidad de rechazar el mal que la amenaza, y sin embargo, la mate en esas condiciones.

“Hay, pues, dos modos distintos de cometer el asesinato, al tenor del numeral 5º del artículo 363: poniendo a la víctima en incapacidad de defenderse, mediante previas maquinaciones o ardides (refinada maldad); o sorprendiéndola indefensa, sin antelado despliegue de maniobras (extrema cobardía). Lo primero es insidia o asechanza; lo último, alevosía.

“Naturalmente las dos hipótesis le dan al hecho una gravedad distinta, por la diversa peligrosidad de su autor, pero dejando siempre en pie la figura del asesinato. Esa mayor o menor peligrosidad del sujeto se valorará, si, al adaptarse la sanción dentro de los límites señalados por el artículo 363 del Código Penal y considerando los criterios mensuradores que prevé el artículo 36 ibídem. Así se salva el principio de equidad, reprimiendo al delincuente a base de lo que es y de lo que ha hecho”.

Por consiguiente, la causal tercera alegada, tampoco puede prosperar.

#### Causal primera: Mala aplicación de la ley penal

Esta causal la fundamenta el recurrente en las mismas razones expuestas con el propósito de sustentar la causal tercera y, por consiguiente, las consideraciones aducidas por la Sala para rechazar esta última, sirven también para no admitir la primera, puesto que, como lo dice el Ministerio Público, “al tenor de la contestación de los jueces de conciencia, el artículo pertinente al caso era el 363 del estatuto penal, que fue aplicado por el Tribunal con todo acierto”.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, por medio del cual impuso al reo Modesto Velásquez Correa, la pena principal de diez y seis años

de presidio, como responsable del delito de homicidio en Miguel López.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA. — PERITAZGO

1.—De conformidad con la jurisprudencia de la Corte se incurre en error de derecho cuando a una prueba se le da el valor que la ley no le ha dado o se permite su producción sin que llene las condiciones legales y se le reconoce luégo la fuerza sólo atribuída a pruebas provistas de todas las cualidades legales.

2.—El dictamen pericial, por el carácter de juicio lógico y técnico que tiene, implica en quienes lo dan tres actividades sucesivas: el planteamiento o proposición de la cuestión sobre que ha de versar, las operaciones de investigación y de análisis necesarias al examen de la cuestión, y, finalmente, las conclusiones que deriven de aquellas operaciones con los fundamentos que las sustenten.

Las leyes procesales acusan estrictamente las prescripciones reguladoras de la pericia a aquella sencilla noción.

Así el artículo 716 de la ley procesal civil ordena que "los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luégo extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, CON PRECISION, EXACTITUD Y CLARIDAD (subraya la Corte) LOS FUNDAMENTOS DE SU CONCEPTO Y DE LAS CONCLUSIONES A QUE LLEGUEN". Y la ley garantiza tan seriamente estas condiciones, que si los peritos no las cumplen, da a las partes, el derecho a que el dictamen se explique, se amplíe o lo aclaren, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición.

El valor del dictamen lo subordina la ley a tales condiciones, y les da el de plena prueba —cuando se trata de avalúos— SI ES UNIFORME, EXPLICADO Y DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO, de modo que si el Juez o Tribunal dan tal valor a un dictamen que carece de esas condiciones, se le ha dado el que no tiene e incurrido en violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

## Vistos

El defensor de Darío Gutiérrez Tobón (22 años en 1944), interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual fue condenado a un año y un mes de prisión por el delito de estupro en la joven María Dolly Alzate Pineda, y a pagar a ésta, a título de perjuicios la suma de diez y seis mil quinientos treinta y dos pesos cincuenta centavos (\$ 16.532.50).

Como esta es la parte de la sentencia que impugna el recurrente, la Sala sometió el recurso al procedimiento que rige la casación civil; una vez formulada la demanda, se ordenó dar traslado a la parte opositora (aquí representada por la parte civil), la que, notificada, se abstuvo de contestarla, y fijado día para la audiencia, sin que ésta se hubiera celebrado, por inasistencia de las partes, la Corte decide el recurso en este fallo.

## I — La demanda

El demandante invoca la causal primera del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, es decir, violación de la ley sustantiva por apreciación errónea del dictamen pericial y por la cual el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos y que la indujo a incurrir en error de derecho.

El dictamen pericial acogido en la sentencia recurrida fue rendido en los siguientes términos:

"Vicente de los Ríos Cock y Carlos Mejía Vieira, mayores y de esta vecindad, designados como peritos evaluadores de perjuicios en el delito de estupro —en perjuicio de la señorita Dolly Alzate, y que se imputa a Darío Gutiérrez— atentamente damos nuestra pericia como sigue: Da cuenta la

instructiva que el día 15 de enero de 1944, se perpetró el ilícito en la población de Santa Rosa de Cabal, lugar de residencia de la ofendida. Dice la información que se trata de persona honesta, de buenas costumbres morales. De deducirse responsabilidad contra el impugnado, misión de los juzgadores, resultaría un perjuicio moral invaluable en dinero, por lo mismo que es irreparable, si no es por un matrimonio que limpie la mancha social y desvanezca el vicio moral. Para reparar en algo, por lo mismo, a la ofendida, estimamos que en caso de deducción de la responsabilidad el perjuicio (sic) en la suma de diez y seis mil quinientos treinta y dos pesos cincuenta centavos (\$ 16.532.50) para ver de procurarse algún alojamiento.... "libre del mundanal ruido....".

El dictamen —continúa el demandante— carece de los requisitos indispensables que el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal exige para dicha prueba o sean las apreciaciones necesarias y estar debidamente fundamentado, sin los cuales requisitos, por ser esenciales, no puede afirmarse la existencia de un dictamen pericial, como la doctrina y la jurisprudencia lo dicen.

Después de transcribir las tesis de Lessona, Concha, Mittermaier, Rocha y Chiovenda, así como las doctrinas de la Corte, sobre la prueba pericial, sus condiciones, su apreciación y su valor jurídico, y de relacionarlas con la sentencia recurrida, concluye que el peritazgo, por carecer de los requisitos que la ley y la jurisprudencia le señalan y no tener respaldo en el proceso, es inexistente, y que el Tribunal, al haberle dado un valor que no tiene, violó los artículos 260, 263 y 268 del Código de Procedimiento Penal, que el demandante considera como normas sustantivas.

La petición final se concreta a que se case la sentencia y en su lugar se haga una condenación de perjuicios *in genere*, que serán regulados conforme al artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

### III — Estudio del recurso

Las normas que rigen este recurso, cuando la causal invocada es la primera (violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de una prueba) son las siguientes:

a) El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la casación por perjuicios causados por el delito se rige, en cuanto a causales y procedimiento, por los de la civil;

b) El artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, según el cual en todos los casos en que el

Juez Penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil;

c) El artículo 716, según el cual el dictamen pericial debe expresar con precisión, exactitud y claridad los fundamentos del concepto y de las conclusiones a que lleguen los peritos;

d) El artículo 721, según el cual 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, y

e) El artículo 520, según el cual cuando en casación civil se alega violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de una prueba, es necesario demostrar que se incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

La función de la Corte, se concreta a examinar si, como lo afirma el demandante, el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho al darle valor de plena prueba al dictamen pericial de los señores de los Ríos Cock y Mejía-Vieira, y si mediante ese error se violó la ley sustantiva.

Si de conformidad con la jurisprudencia de la Corte se incurre en error de derecho cuando a una prueba se le da el valor que la ley no le ha dado o se permite su producción sin que llene las condiciones legales y se le reconoce luego la fuerza sólo atribuida a pruebas provistas de todas las cualidades legales, es forzoso concluir que el Tribunal de Manizales, al darle al dictamen pericial de perjuicios valor de plena prueba, incurrió en error de derecho.

El dictamen pericial, por el carácter de juicio lógico y técnico que tiene, implica en quienes lo dan tres actividades sucesivas: el planteamiento o proposición de la cuestión sobre que ha de versar, las operaciones de investigación y de análisis necesarias al examen de la cuestión, y, finalmente, las conclusiones que deriven de aquellas operaciones con los fundamentos que las sustentan.

Las leyes procesales ajustan estrictamente las prescripciones reguladoras de la pericia a aquella sencilla noción.

Así el artículo 716 de la ley procesal civil ordena que "los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luego extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, **con precisión, exactitud y claridad** (subraya la Corte) **los fundamentos de su concepto y de las**

conclusiones a que lleguen", y la ley garantiza tan seriamente estas condiciones, que si los peritos no las cumplen, da a las partes el derecho a que el dictamen se explique, se amplíe o lo aclaren, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición.

El valor del dictamen lo subordina la ley a tales condiciones, y le da el de plena prueba —cuando se trata de avalúos— **si es uniforme, explicado y debidamente fundamentado**, de modo que si el Juez o Tribunal dan tal valor a un dictamen que carece de esas condiciones, se le ha dado el que no tiene e incurrido en violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial.

Si se examina el dictamen de los señores de los Ríos Cock y Mejía Vieira, frente a las doctrinas y normas antes referidas, es necesario afirmar que no tiene ninguna de las condiciones que para su validez, exige la ley; los peritos se limitaron a fijar, arbitraria y caprichosamente, una suma a título de perjuicios, sin fundamento alguno, no obstante que el delito sancionado bien pudo haber causado graves perjuicios materiales, o morales con repercusión económica, o simplemente morales, especialmente si —como los mismos peritos lo adviertén— el daño causado es irreparable; el Tribunal no podía, por lo tanto, darle valor de plena prueba a un dictamen que carece de elementos tan esenciales como los fundamentos de las conclusiones, y como incurrió en un típico error de derecho que lleva a la violación de la ley sustantiva, la

causal primera de casación —en la figura de errada apreciación de la prueba— prospera.

### III — Fallo de la Corte

Siendo evidente —jurídicamente— que al dar valor de plena prueba a la pericia, el Tribunal incurrió en error de derecho, debe casarse la sentencia en cuanto al contenido de aquélla o sea en cuanto a que se condenó a pagar a título de indemnización de perjuicios, una suma líquida; pero como el estatuto penal (artículo 92) establece la obligación de condenar a tal título, en este sentido debe dictarse el fallo que ha de reemplazar al invalidado.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual condenó a Darío Gutiérrez Tobón al pago de la suma de diez y seis mil quinientos treinta y dos pesos-cincuenta centavos (\$ 16.532.50), y en su lugar condena al mismo procesado, y al mismo título de indemnización de perjuicios, al pago —en favor de los perjudicados por el delito— de la suma que se deduzca en la acción ante la justicia civil.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

**IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — MOMENTO EN QUE QUEDA SUSPENDIDA LA JURISDICCION POR CAUSA DE RECUSACION. — INTOXICACION CRONICA PRODUCIDA POR EL ALCOHOL. — DIFERENCIA CON LA EMBRIAGUEZ. — HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — LA INDEFENSION DE LA VICTIMA COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD**

1.—Cierto es que el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso por disposición del artículo 7º del de Procedimiento Penal, establece que la jurisdicción se pierde en uno o más negocios determinados, cuando el Juez ha sido separado del conocimiento por impedimento o recusación, y que el 147 de la misma obra estatuye que la jurisdicción se suspende por recusación, "DESDE QUE EL JUEZ O MAGISTRADO RECIBE AVISO OFICIAL DE HABER SIDO ADMITIDA, HASTA QUE SE LE COMUNIQUE, TAMBIEN OFICIALMENTE, que ha sido negada la recusación". Este último precepto resuelve el problema, porque la recusación no fue admitida. En consecuencia y, como arguye la Procuraduría, si la recusación no estaba vigente, por haber sido mal presentada y se ordenó devolver el escrito respectivo, los funcionarios conservaron la jurisdicción y podían seguir conociendo del proceso.

2.—El nuevo Código Penal no consagró el principio de la responsabilidad moral basada en el libre albedrío, sino el de la responsabilidad legal o social, o sea, que todo el que realice un hecho previsto en la ley penal como delito, responde de él salvo que lo haya ejecutado en alguna circunstancia de excusa o justificación (artículo 11 del Código Penal).

3.—No es la embriaguez accidental la que autoriza la aplicación de medidas de seguridad sino la intoxicación crónica producida por el alcohol, bien diferente ese estado del que obra hallándose simplemente ebrio. Aquella es una situación permanente, es la del alcoholizado, a la cual puede llegarse sin emborracharse nunca, sino tomando dosis frecuentes de alcohol.

4.—En el homicidio preterintencional, como lo significa este vocablo, el victimario quiere solamente herir, pero la víctima fallece, sin

embargo a consecuencia de la herida. Y si en los juicios por jurado quien califica los hechos es el tribunal popular (artículo 480 del Código de Procedimiento Penal), y si aquí reconocieron los jueces de conciencia la "intención de matar", síguese que se trata en el proceso de un homicidio simplemente intencional y no de uno preterintencional.

5.—No es necesario que el victimario prive de su defensa a la víctima, para que se considere como más peligroso, sino que basta que se aproveche de las circunstancias desfavorables a su defensa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 30 de junio del año pasado, condenó a Arturo Jarne Lupey a la pena principal de once años de presidio, como autor de la muerte intencional que le causó a Mercedario Valderrama, el 3 de septiembre de 1944, en la ciudad de Palmira, del Departamento del Valle.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, quien invoca las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cumplidos los trámites de rigor, pasan a estudiarse, en el orden seguido por el Ministerio Público, que es el indicado para los efectos de la decisión previo un relato sucinto de los hechos.

Hechos

Arturo Jarne Lupey y Mercedario Valderrama, que habían sido compañeros de trabajo en la Gran-

ja Agrícola de Palmira, se encontraron por casualidad en la fecha arriba indicada, en el establecimiento denominado "Las Brisas", de aquella población. Jarne le pidió a Valderrama que lo obsequiara con una cerveza, pero éste le contestó que no podía, por falta de dinero, lo que encendió en ira a Jarne, que se expresó en términos injuriosos contra Valderrama y, después de haberle dado una bofetada por la cara, salió a la calle diciéndole que si quería "filo" o "candela", es decir, ser herido a cuchillo o con arma de fuego.

Valderrama contestó a Jarne con buenos modales, tratando de evitar cualquier lance desgraciado, pero no le valió su prudencia, pues aquél desenfundó un revólver de agente de policía departamental y lo disparó sobre Valderrama. La herida le perforó el tórax, cerca de la tetilla izquierda, le rompió la aorta descendente y la médula espinal y le ocasionó la muerte al día siguiente.

Como lo anotan la Procuraduría y los jueces de instancia, es circunstancia significativa la de que estando ya en el suelo la víctima, le dijo el agresor: "párate para darte más candela", y que cuando alguno de los presentes quiso intervenir lo amenazó con el revólver.

#### **Causal cuarta: nulidad del juicio**

Alega el recurrente que el fallo fue proferido por funcionarios que estaban recusados con anterioridad a su expedición, que consta de los memoriales de 12 de diciembre de 1947 y de 5 de febrero de 1948; que la ley consagra como motivo de impedimento o recusación la enemistad grave entre las partes y los jueces o magistrados, en el ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal; y que el artículo 78 del mismo código estatuye que desde que se presente la solicitud de recusación o desde que se manifieste impedimento por el juez o magistrado, se suspenderá el proceso hasta que se resuelva en forma definitiva el incidente.

Se considera:

Es verdad que el recurrente, antes de proferirse la sentencia en estudio, recusó a todos los magistrados de la Sala penal del Tribunal Superior de Cali, por enemistad grave.

El Secretario del Tribunal informó sobre el particular:

"...A raíz de haberle negado esta Sala personería al doctor Abelardo Restrepo Vélez en el proceso contra Jesús María Martínez Vanegas, por considerar inválida su inscripción como abogado aceptado en el Tribunal, el mencionado señor pre-

sentó un memorial en el cual recusaba a los señores Magistrados de esta Sala en todos los negocios en que él actuaba como defensor, seis en total, entre los cuales figuraba el adelantado contra Arturo Jarne Lupéy, por homicidio.

"A este memorial recayó un auto en que se disponía que el señor Restrepo Vélez formulara la recusación, no en un solo memorial, como lo había hecho, sino por medio de sendos escritos para glosarlos (sic) a los procesos respectivos y poder así darles curso, puesto que en la forma global usada por aquél era imposible imprimirle el trámite legal, toda vez que el escrito no correspondía a ningún asunto determinado.

"El señor Restrepo Vélez no volvió a presentar los memoriales que la Sala le insinuó formular" (f. 23 del cuaderno de la Corte).

Lo ocurrido fue, pues, que el defensor recurrió en un solo memorial a todos los Magistrados de la Sala Penal, y no en sendos escritos, esto es, en un memorial aparte para cada negocio, y que por ello el Magistrado sustanciador le devolvió los escritos, como aquél lo declara en el del mes de febrero del año pasado.

Cierto es que el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso por disposición del artículo 7º del de Procedimiento Penal, establece que la jurisdicción se pierde en uno o más negocios determinados, cuando el Juez ha sido separado del conocimiento por impedimento o recusación, y que el 147 de la misma obra estatuye que la jurisdicción se suspende por recusación, "desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comuniqué, también oficialmente, que ha sido negada la recusación".

Este último precepto resuelve el problema, porque la recusación no fue admitida. En consecuencia y, como arguye la Procuraduría, si la recusación no estaba vigente, por haber sido mal presentada y se ordenó devolver el escrito respectivo, los funcionarios conservaban la jurisdicción y podían seguir conociendo del proceso. Sólo la actuación posterior a la declaratoria de impedimento o al escrito de recusación queda viciada de nulidad, porque la ley les suspende a los jueces o magistrados la jurisdicción para seguir interviniendo en un proceso, únicamente a partir de aquellos actos.

Por consiguiente, la causal invocada no puede prosperar.

#### **Causal tercera: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado**

Dice el recurrente que la respuesta del jurado,

que declaró que Jarne Lupey era responsable, pero en estado de embriaguez, significa que el homicidio no es simplemente intencional, sino ultra-intencional o preterintencional. El juez tenía, pues, el deber de aplicar el artículo 365 del Código Penal, y no el 362, pues éste trata de "la intención clara de matar, la cual no puede atribuírse a un hombre que en estado de embriaguez y sin previa dirección de la voluntad causa una sola herida sin intención de matar".

Se considera:

El jurado dió su veredicto sobre si Jarne Lupey era responsable de la muerte de Valderrama en la siguiente forma:

"Sí es responsable del hecho que se le imputa cometido en estado de embriaguez".

Tal respuesta, como lo anota el Ministerio Público, es precisamente opuesta a las tesis que la defensa sostuvo en la audiencia pública, de que el procesado no era responsable, por hallarse en estado de inconsciencia a causa de la embriaguez en que se hallaba, pues le pidió al jurado que contestara la pregunta del juez diciendo que no era responsable, o que no era responsable "por haber obrado en estado de embriaguez", o que sí era responsable, pero en riña imprevista.

El jurado apenas reconoció, pues, un estado de intoxicación transitoria producida por el alcohol, más claro, que había obrado estando ebrio o borracho, pero nada más. De esta suerte, sólo resta analizar dos razones del recurrente, que envuelven una lamentable confusión de conceptos de derecho penal: que la embriaguez es causal de excusa de la responsabilidad; y que la embriaguez puede configurar un homicidio preterintencional.

El nuevo Código Penal no consagró el principio de la responsabilidad moral, basada en el libre albedrío, sino el de la responsabilidad legal o social, o sea, que todo el que realice un hecho previsto en la ley penal como delito, responde de él, salvo que lo haya ejecutado en alguna circunstancia de excusa o justificación (artículo 11 del Código Penal). Las circunstancias de excusa son la coacción ajena y la ignorancia o el error, y las de justificación son la disposición de la ley o la orden superior, la legítima defensa y el estado de necesidad. La embriaguez no es sino una circunstancia de menor peligrosidad, cuando el agente del acto no ha podido prever sus consecuencias delictuosas (ordinal 5º del artículo 38 del Código Penal).

Los anormales también responden de sus actos delictuosos, pero entonces no se tiene en cuenta el dolo o la culpa con que obren, sino solamente la

imputabilidad material. Pero sus condiciones psicológicas sirven, no para negar su responsabilidad ni atenuarla, sino para que se les apliquen medidas de seguridad (artículos 61 y siguientes).

Desde luego, no es la embriaguez accidental la que autoriza la aplicación de medidas de seguridad, sino la intoxicación crónica producida por el alcohol, bien diferente ese estado del que obra hallándose simplemente ebrio. Aquella es una situación permanente, es la del alcoholizado, a la cual puede llegarse sin emborracharse nunca, sino tomando dosis frecuentes de alcohol.

Igualmente errada es la segunda razón de que cuando un jurado declara que se ha cometido un homicidio en estado de embriaguez, se puede concluir que se encuentra configurado, sin más explicaciones del veredicto, un homicidio ultra o preterintencional. En el homicidio preterintencional, como lo significa este vocablo, el victimario quiere solamente herir, pero la víctima fallece, sin embargo, a consecuencia de la herida. Y si en los juicios por jurado quien califica los hechos es el tribunal popular (artículo 480 del Código de Procedimiento Penal), y si aquí reconocieron los jueces de conciencia la "intención de matar", síguese que se trata en el proceso de un homicidio simplemente intencional y no de uno preterintencional.

Se necesita, realmente, un gran esfuerzo de dialéctica, desde luego inadmisibles, para concluir que porque el jurado reconoció que el acusado había dado muerte a su víctima hallándose ebrio, declaró un homicidio preterintencional, por más que se piense que los jueces de hecho no están obligados, como no lo están, a emplear términos técnicos o expresiones usadas en el Código Penal.

En consecuencia, la causal tercera resulta improcedente.

#### Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal

Alega el recurrente:

1º—Que del texto del veredicto "se colige lógicamente que el jurado negó tácitamente la intención de matar al aceptar que el acto lo verificó el procesado en estado de embriaguez".

2º—Que "de acuerdo con el veredicto del jurado, que aceptó el grave estado de embriaguez del procesado, tal como lo solicitó el defensor en las audiencias públicas", y de acuerdo también con la doctrina de algunos expositores que cita y con jurisprudencias de esta Sala, deben aplicársele

medidas de seguridad del artículo 29 del Código Penal.

3º—Que el sindicado es irresponsable del acto que se le ha imputado, “pues si materialmente lo ejecuto, lo hizo sin intención de matar, durante un eclipse de su voluntad y de su juicio, por razón del grave estado de embriaguez reconocido por el jurado”, y

4º—Que el Tribunal consideró como circunstancia de mayor peligrosidad la mayor insensibilidad del delincuente, que no está probada, y el haber disparado estando la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, lo que tampoco está demostrado, ni el haber obrado por motivos fútiles. En cambio, tiene el procesado a su favor un buen número de circunstancias de menor peligrosidad, que trae a cuento el Tribunal y que el recurrente cita.

Se considera:

El jurado no negó la intención de matar, pues habiéndosele preguntado si Jarne Lupey era responsable de haber causado a Valderrama la herida descrita por los peritos, a consecuencia de la cual murió, y si en la realización de tal hecho había actuado “con intención de matar”, declaró: “Sí es responsable del hecho que se le imputa”. La agregación de que el hecho fue “cometido en estado de embriaguez”, no implica una circunstancia de excusa de la responsabilidad, porque la embriaguez, se repite, no la constituye, ni siquiera en tratándose de un alcoholizado crónico.

No pueden aplicarse al procesado medidas de seguridad simplemente, sino penas, porque el jurado no afirmó, en términos tácitos o expresos, el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol, de que habla el artículo 29 del Código Penal, sino el simple estado de embriaguez, ni tampoco aceptó una grave anomalía psíquica transitoria. Crónico es lo habitual, lo permanente, lo estable, lo que tiene duración; y añadirle ese predicado a la embriaguez declarada por el jurado, es incurrir en arbitrariedad y violar, entonces sí, la ley penal, por desatender al veredicto de los jueces de conciencia. Así, pues, aunque toda ingestión de bebidas alcohólicas intoxica, sólo pueden aplicarse a un procesado medidas de seguridad, cuando se trata de un intoxicado crónico, y no de un accidental o transitorio. Tampoco se trata de grave anomalía psíquica por cuanto la embriaguez no es patológica de conformidad con los términos del veredicto.

“En cuanto al alcoholismo crónico —dice la Procuraduría— hay que agregar que a ese estado lle-

ga el sujeto por el uso reiterado de bebidas embriagantes, produciéndose una verdadera degeneración progresiva de la personalidad, con la presencia de ilusiones, alucinaciones y delirios. El individuo se torna hosco, fácilmente irritable e impulsivo; su voluntad se debilita y atrofia; y, en fin, su zona afectiva se quiebra en las resistencias éticas, cayendo en una profunda depravación y amoralidad.

“Y este cuadro clínico, de tan grave anomalía psíquica, no lo presentah ni las constancias procesales, ni la respuesta de los jueces de hecho, mayormente cuando la prueba técnica del caso —el dictamen médico legal— no se produjo aquí.

“Además, el propio Jarne ha manifestado en la indagatoria que en su familia no ha habido anormales, ni él tampoco ha sufrido de enfermedad alguna del sistema nervioso o del cerebro”.

Respecto de la tercera razón del recurrente, de que la embriaguez implica irresponsabilidad, cabría repetir otra vez la disposición que consagra la responsabilidad legal, entonces, el artículo 11, que establece que **todo el que cometa una infracción** prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en el mismo Código Penal. Pero para mayor claridad se transcribe ahora lo que la Comisión redactora del código expresó al presentarlo al Ministro de Gobierno sobre este particular:

“Adoptada la actividad psicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad social como medida de la responsabilidad, era consecuencia ineludible que el título de las sanciones no contuviera sólo la reglamentación de lo que tradicionalmente se ha llamado pena y que exclusivamente se ha venido aplicando a los normales sanos de mente, con un contenido más o menos disimulado de expiación o sufrimiento, sino que comprendiera también la reglamentación de las llamadas medidas de seguridad, que deben aplicarse a los que en el momento de cometer el hecho sean menores de cierta edad, o se encuentren en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o padezcan de grave anomalía psíquica”.

Sobre las circunstancias de peligrosidad, dijo el Tribunal:

“En síntesis, resume el inferior como circunstancias de mayor peligrosidad las determinadas por los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 37 del Código Penal, y como circunstancias de menor peligrosidad las señaladas por los numerales 1º, 5º y 11 del artículo 38 *ibidem*”.

Más claro, aceptó el Tribunal como equitativa la cuantía media de la pena en los once años, porque había obrado el procesado por motivos fútiles, por tener deberes especiales para con la sociedad, dada su condición de agente de la policía y por haber disparado contra Valderrama cuando éste se hallaba desprevenido e indefenso; pero tuvo también en cuenta que estaba demostrada su buena conducta anterior, el estado de embriaguez en que se hallaba, no preordenada al delito y las condiciones de indigencia y falta de ilustración del mismo.

El demandante se refiere, como la Procuraduría lo observa, a una circunstancia de mayor peligrosidad no capitalizada por el sentenciador; o sea, la de haber hecho unas solicitudes de libertad. El cargo, dice el Ministerio Público, resulta inoperante por sustracción de materia.

En cuanto a la indefensión de la víctima dice tan sólo el recurrente que no es cierto que "Jarne hubiera disparado privando de su defensa al occiso, pues está demostrado que lo hizo cuando Mercedario Valderrama salió detrás de Jarne, y lo hizo por una sola vez". A lo cual basta con replicar que no es necesario que el victimario prive de su defensa a la víctima, para que se considere como más peligroso, sino que basta que se aproveche de

las circunstancias desfavorables a su defensa, entre las cuales puede aceptarse el ataque súbito, como habla el Tribunal, hecho con el revólver, después de haberle dado una bofetada por la cara cuando lo que menos podía esperar Valderrama de su actitud prudente y paciente era el balazo con que lo hirió su gratuito atacante.

La Procuraduría considera que dadas la personalidad del infractor y las circunstancias demostradas de peligrosidad del mismo, la sanción impuesta debe estimarse como equitativa.

La causal primera invocada, tampoco puede, por tanto, 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 y devuélvase.

**Domingo Sarasty M.** — **Francisco Bruno.** — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Agustín Gómez Prada.** — **Angel Martín Vásquez.** — **Jesús Alfonso Roa,** Secretario.

**DELITO DE FALSEDAD. — REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA UN DELITO DE ESTA ESPECIE COMETIDO POR UN FUNCIONARIO DE LA RAMA JURISDICCIONAL, EN DOCUMENTO PUBLICO. — DIFERENCIA ENTRE EJECUTORIA FORMAL Y EJECUTORIA MATERIAL**

La falsedad dicen los expositores de derecho penal— consiste en la mutación de la verdad; o sea en la imitación, alteración, supresión, alteración o suposición de la misma, hecha con intención maliciosa, y con el fin de causar un perjuicio.

Cuando la falsedad se comete en instrumentos públicos o privados, toma la denominación de falsedad formal, material e intelectual y para que los hechos que la configuran puedan ser objeto de sanción penal, es necesario e indispensable, que reúna todos los elementos característicos del delito, no sólo en su aspecto objetivo o material sino en su aspecto subjetivo o intencional.

“La falsedad formal —ha dicho la Corte— tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no ha intervenido en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario; la falsedad material es la que ocurre cuando el instrumento es originalmente legítimo pero ha sufrido adulteración en su contenido, y se dice que es intelectual cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento hace constar en él, hechos que no son verdaderos”.

“En tratándose de documentos públicos no es necesaria la demostración de uno de los elementos que configuran el fin, o sea el de que con el documento falso se trata de causar un perjuicio a terceros, porque el documento público por su misma naturaleza siempre tiene la capacidad de producir un perjuicio contra la fe pública que el Estado depositó en los funcionarios encargados de expedirlos, y sus consecuencias, no dependen del uso que de él se haga, sino de la falsedad cometida en el otorgamiento del mismo.

En cuanto al elemento subjetivo o sea la intención criminosa de causar daño, en algunos casos de falsedad material, basta la

comprobación de la falsedad para que esa intención se presuma, pero en tratándose de una falsedad intelectual la intención dolosa de su autor debe ser previamente demostrada para que se configure el delito. Así lo ha expresado la Corte cuando dice:

“En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la falsedad material en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en letra de cambio, cheque o pagaré, Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye”.

“No ocurre lo mismo en los casos de falsedad intelectual, en los cuales es menester demostrar —aun en tratándose de documentos públicos— la intención dolosa de su autor, como cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico. Pues en estos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de la falsedad material y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias, y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar”.

Pero esta inexactitud proveniente de un error en la interpretación del auto del Tribunal, no puede imputarse al funcionario como constitutiva de un delito de falsedad documentaria, porque no hubo la intención de hacer una mutación maliciosa de la verdad,

y, porque, para que exista el delito de falsedad en documentos públicos o auténticos cometido por un funcionario de la rama jurisdiccional es necesario que el cambio o adulteración se haga fraudulentamente a fin de desfigurar la verdad de dichos documentos.

Hubo una confusión de parte del Juez en cuanto a la ejecutoria formal del auto de 21 de enero de 1946, con la ejecutoria material de la misma providencia: la primera, se produce en el momento de dictarse el auto que precluye los términos para interponer los recursos, y la segunda, empieza desde que el superior conoce del negocio en virtud de cualquier recurso hasta que se resuelve sobre el contenido de la apelación. Y esta duda, motivada por la confusión de estas dos actuaciones llevó necesariamente al Juez a la afirmación de que el auto se hallaba ejecutoriado. Afirmación que, por otra parte, no tenía por objeto la violación de la ley penal con intención o propósito criminal alguno, sino con el deseo de cumplir con lo dispuesto en las normas de los artículos 10 y 11 del con la NOTITIA CRIMINIS de la comisión de un delito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

#### Vistos

En providencia del 26 de agosto de 1948, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su parte resolutive dijo:

“Resuelve.—Sobreser definitivamente a favor del doctor Rafael Poveda Alfonso por los cargos que por falsedad en documentos y abuso de autoridad se le formularon en la denuncia”.

Cumplidos los trámites propios a la instancia, recibida la vista del Procurador Delegado en lo Penal se procede a su estudio.

#### Antecedentes

Abelardo Dalloz Córdoba ante el Juzgado 7º Civil del Circuito demandó a Julio Calderón Barriga y Elvira Barriga de Calderón por la cantidad de

\$ 32.000.00 y sus respectivos intereses. Como título para iniciar la acción ejecutiva el demandante acompañó una letra de cambio de plazo vencido.

El Juzgado libró mandamiento de pago por la cantidad a que hace referencia el instrumento negociable presentado como fundamento de la acción ejecutiva, pero los ejecutados personalmente y por conducto de su apoderado tacharon de falso el instrumento presentado por el demandante, afirmando que la obligación por ellos contraída no era de \$ 32.000.00, sino únicamente por valor de \$ 2.000.00.

Esta circunstancia dio origen para que se tramitara una articulación para demostrar los hechos, de ella se dio traslado a las partes interesadas y abierto el incidente a prueba dentro de los términos fijados por la ley, las partes solicitaron las pruebas que les eran favorables a sus intereses, para tal fin, se pidió un dictamen de peritos gráficos y se recibieron varias pruebas testimoniales.

Cumplidos los trámites de la articulación el juzgado por auto de 24 de enero de 1946, desató el incidente en estos términos:

“En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil de este Circuito, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la falsedad del instrumento negociable de la letra de cambio presentada en este juicio como base de la ejecución. En consecuencia, levántese el embargo y secuestro de todos los bienes sobre que pesa la traba ejecutiva, para lo cual se librarán los despachos del caso a quienes corresponda el cumplimiento de esta orden. Declárase igualmente suspendido el juicio ejecutivo de que se trata”.

“Condénase en las costas del incidente al ejecutante Abelardo Dalloz Córdoba, Tásense. Copia de esta providencia debe ser remitida al Juzgado Cuarto Superior de este distrito en donde cursa el proceso penal, contra Abelardo Dalloz, en que son parte civil los ejecutados”.

Al notificarse de esta providencia el apoderado del ejecutante manifestó que apelaba en cuanto a la declaración de falsedad y costas, recurso que le fue concedido en el efecto suspensivo en auto de 6 de marzo de 1946, pero el Tribunal en providencia de 22 de mayo del mismo año expresó:

“Según el artículo 494 del C. J., la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso. Ahora bien, habiendo apelado únicamente el ejecutante, y sólo en cuanto a la declaración de

falsedad y costas, se tiene que la suspensión del juicio decretada quedó en firme tres días hábiles después de surtida la notificación, es decir tres días después del 18 de febrero, fecha de la desfijación del edicto. En consecuencia, el auto de 6 de marzo último, por medio del cual se concedió la apelación, se dictó estando ya ejecutoriado el decreto de suspensión y cuando la jurisdicción estaba suspendida. Siendo esto así, tal apelación está ilegalmente concedida, y por ello el Tribunal debe abstenerse de resolverla porque usurparía jurisdicción y adelantaría una actuación nula. Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, se abstiene de conocer del recurso”.

### Denuncio

“A pesar de estas circunstancias procesales —dice el denunciante— el Juez Poveda Alfonso, envió al Juzgado 4º Superior un oficio en que manifiesta que el auto que declaró en la articulación que la letra de cambio era falsa se encontraba ejecutoria. Lo cual era y es falso”.

“Además dicho Juez Poveda Alfonso continuó actuando en dicho juicio, estando suspendido, haciendo condena y liquidación de las costas, y dando copia de ese auto, y liquidación y declaración de ejecutoria, con lo cual se me siguió ejecución en el Juzgado 8º Civil de este Circuito. Mediante esta actuación, cometió el Juez Rafael Poveda Alfonso los delitos de falsedad y abuso de autoridad, quebrantando así los artículos 171, 231, 235, 246 y demás pertinentes del C. P.”.

“Por estos delitos lo denuncio a fin de que se sirva usted investigar lo conveniente, para que la justicia brillé para todos”.

### Elementos probatorios

Se halla demostrada la calidad de empleado público que como funcionario de la rama jurisdiccional tenía el doctor Rafael Poveda Alfonso mediante el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

En orden a la demostración de los hechos, al sumario se allegaron las diligencias pertinentes ordenadas dentro del juicio ejecutivo iniciado por Abelardo Dalloz Córdoba contra Julio Calderón Barriga y Elvira Barriga de Calderón.

También se recibió declaración indagatoria al doctor Rafael Poveda Alfonso en relación con los cargos que se le imputan.

Se considera:

La falsedad —dicen los expositores de derecho penal— consiste en la mutación de la verdad, o sea en la imitación, alteración, supresión, alteración o suposición de la misma, hecha con intención maliciosa, y con el fin de causar un perjuicio.

Cuando la falsedad se comete en documentos públicos o privados, toma las denominaciones de falsedad formal, material e intelectual y para que los hechos que la configuran puedan ser objeto de sanción penal, es necesario e indispensable, que reúna todos los elementos característicos del delito, no sólo en su aspecto objetivo o material sino en su aspecto subjetivo o intencional.

“La falsedad formal —ha dicho la Corte— tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no ha intervenido en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario; la falsedad material es la que ocurre cuando el instrumento es originalmente legítimo pero ha sufrido adulteración en su contenido, y se dice que es intelectual cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento hace constar en él, hechos que no son verdaderos”.

“En tratándose de documentos públicos no es necesaria la demostración de uno de los elementos que configuran el fin, o sea el de que con el documento falso se trata de causar un perjuicio a terceros, porque el documento público por su misma naturaleza siempre tiene la capacidad de producir un perjuicio contra la fe pública que el Estado depositó en los funcionarios encargados de expedirlos, y sus consecuencias, no dependen del uso que de él se haga, sino de la falsedad cometida en el otorgamiento del mismo”.

En cuanto al elemento subjetivo o sea la intención criminosa de causar daño, en algunos casos de falsedad material, basta la comprobación de la falsedad para que esa intención se presuma, pero en tratándose de una falsedad intelectual la intención dolosa de su autor debe ser previamente demostrada para que se configure el delito. Así lo ha expresado la Corte cuando dice:

“En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la falsedad material en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en una letra de cambio, cheque o pagaré. Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad

se hace patente con el hecho material que la constituye”.

“No ocurre lo mismo en los casos de **falsedad intelectual**, en los cuales es menester demostrar —aún en tratándose de documentos públicos— la intención dolosa de su autor, como, cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico. Pues en esos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de falsedad material y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias, y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar”.

Podría afirmarse que el Juez 7º Civil del Circuito doctor Rafael Poveda Alfonso tuvo la intención dolosa de cometer una infracción penal o de causar un posible daño de orden patrimonial o público al dirigir el oficio al Juzgado 4º Superior en el cual dice:

“...Le envió copia del auto en cuestión, con sus notificaciones y demás providencias que sobrevinieron posteriormente a su pronunciamiento hasta que quedó ejecutoriado...”?

Estima la Sala que no. Porque el delito se hace consistir en la afirmación de que la providencia de 24 de enero de 1946, que puso fin al incidente sobre falsedad del instrumento negociable **quedó ejecutoriada**, siendo evidente que dicho auto no estaba ejecutoriado.

Pero no hubo intención dolosa, sino error en cuanto a la apreciación jurídica sobre ejecutoria del auto del Tribunal, que se abstuvo de conocer del recurso interpuesto por el ejecutante, en relación con la declaración de falsedad y condena en costas. Así como, también, hubo error por parte del Tribunal al no resolver el recurso de apelación fundándose en que el auto que ordenó la suspensión del juicio civil estaba ejecutoriado.

La suspensión era la consecuencia lógica de la falsedad reconocida en un incidente civil —no penal—, y esa declaración de ser falso el instrumento negociable, en nada afectaba al proceso que por el mismo delito de falsedad se adelantaba ante las autoridades penales. Si el Tribunal, al revisar el auto contra el cual oportunamente se interpuso recurso de apelación hubiera llegado a conclusiones diferentes a las del Juzgado, la orden de suspensión del juicio contenida en la providencia

apelada no hubiera tenido vida jurídica porque no probada la falsedad del instrumento la suspensión no tenía razón de ser.

Cuando el doctor Rafael Poveda Alfonso afirmó que el auto que resolvía sobre el incidente de falsedad estaba **ejecutoriado** cometió un error pero no un delito, error proveniente de la interpretación que dio a la providencia del Tribunal, cuando dice, que el auto que contiene la orden de suspensión estaba ejecutoriado y que por tal motivo la apelación no fue legalmente concedida, por eso explica su actuación así:

“...Yo entendí que así como el Tribunal había sostenido, no declarado, que uno de los ordinales de la providencia varias veces referida, estaba ejecutoriada, lo estaban los demás”.

Pero esta inexactitud proveniente de un error en la interpretación del auto del Tribunal, no puede imputarse al funcionario como constitutiva de un delito de falsedad documentaria, porque no hubo la intención de hacer una mutación maliciosa de la verdad, y, porque, para que exista el delito de falsedad en documentos públicos o auténticos cometido por un funcionario de la rama jurisdiccional, es necesario que el cambio o adulteración se haga fraudulentamente a fin de desfigurar la verdad de dichos documentos.

Hubo una confusión de parte del Juez en cuanto a la ejecutoria formal del auto de 21 de enero de 1946, con la ejecutoria material de la misma providencia: la primera, se produce en el momento de dictarse el auto hasta que precluyen los términos para interponer los recursos, y la segunda, empieza desde que el superior conoce del negocio en virtud de cualquier recurso hasta que se resuelve sobre el contenido de la apelación. Y esta duda, motivada por la confusión de estas dos actuaciones llevó necesariamente, al Juez a la afirmación de que el auto se hallaba ejecutoriado. Afirmación que, por otra parte, no tenía por objeto la violación de la ley penal con intención o propósito criminal alguno, sino con el deseo de cumplir con lo dispuesto en las normas de los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal en relación con la **notitia criminis** de la comisión de un delito.

Parece que éste y no otro fue el pensamiento del Juzgado al remitir esas diligencias al Juzgado Superior; en estas condiciones, no puede afirmarse la existencia de un delito de falsedad documentaria porque no se ha demostrado la intención dolosa de violar la ley penal.

Por consiguiente no puede imputarse como deli-

o de falsedad a un funcionario de la rama jurisdiccional, el hecho de que en un auto o providencia afirme cosas que no expresan literalmente el contenido de la verdad, cuando a esa conclusión se ha llegado por ligereza, inadvertencia o por error en la interpretación de determinado precepto legal, porque la ley condiciona la existencia del delito de falsedad en documentos públicos o auténticos, al principio de que la mutación de la verdad se haga fraudulentamente o con intención criminal y manifiesta de desfigurar la verdad del documento público o auténtico.

En cuanto al segundo cargo la Sala acoge las razones de la Procuraduría cuando dice:

“...Además, dicho Juez Poveda continuó actuando en dicho juicio, estando suspendido, haciendo condena y liquidación de costas y dando copias de ese auto, y liquidación y declaración de ejecutoria, con lo cual se me siguió ejecución en el Juzgado 8º Civil de este Circuito, etc...”.

“Esta imputación incide, en forma directa, sobre la anteriormente examinada. El presunto abuso de autoridad se deriva del hecho de haber considerado que estaba globalmente en firme una providencia, haciéndola producir efectos en toda su integridad, lejos de la realidad procesal.

“Cuando lo cierto fue que dicha resolución judicial, en lo relativo a las costas del incidente, admitía un segundo grado de jurisdicción antes de proceder a su cumplimiento más estricto a los ritos del procedimiento, concedió la alzada y esperó la decisión del Tribunal. Esta entidad se pronunció sobre el asunto, pero, en una forma anfi-

bológica, afirmando que se abstenía de fallar el incidente porque carecía de jurisdicción y que la providencia de primera instancia que ordenó suspender el juicio, estaba ejecutoriada”.

“En estas circunstancias, el Juez doctor Poveda Alfonso consideró que la ejecutoria decretada por el superior jerárquico abarcaba todo el contenido de la providencia, apelada, y procedió a darle cumplimiento”.

“De ahí que, en virtud de petición de parte interesada, hubiera ordenado liquidar las costas del incidente.

“Y así ocurridos los hechos, tampoco se descubre en la conducta del funcionario acto arbitrario alguno inspirado en propósito de perjudicar a un tercero. El Juez obró de buena fe”.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sobresee definitivamente en favor del doctor Rafael Poveda Alfonso por los cargos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.



**SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS. — REGLAS QUE CONTIENE EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PARA DETERMINAR ESTA POR RAZON DEL LUGAR**

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 55, al referirse a la competencia territorial, señala la regla general en cuya virtud es juez competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el del territorio en donde se cometió la infracción. Pero como quiera que pueden surgir dificultades en la apreciación del territorio o lugar en que el hecho fue consumado, especialmente cuando de delitos crónicos o continuos se trata, cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones; o cuando el lugar fuere desconocido o el delito se cometiere en el extranjero, o en lugares distintos, era de todo punto necesario que la ley fijara normas precisas y concretas, a fin de zanjar los conflictos que pudieran presentarse en la determinación del territorio en donde la infracción se cometió. A este orden de principios responden los artículos 56 y 57 del Código Procesal Penal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

**Vistos**

El señor Juez 46 de Instrucción Criminal inició en la ciudad de Barranquilla las presentes diligencias informativas en averiguación de los responsables del delito de robo de mercancías ejecutado en el vapor "Lebrija", de propiedad de la Compañía de Navegación Santander S. A., en su viaje No. 115 del puerto de Barranquilla a los de Calamar, Salgar y La Dorada, en virtud de denuncia formulada por el señor Atilio A. Rossi, Gerente de la mentada compañía de navegación.

El señor Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, a quien fue remitido el informativo por el Juez instructor, por medio de providencia de veintiseis de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho,

ordenó el envío del negocio al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Manizales, a quien consideró competente para conocer de él, tanto por razón de la cuantía del ilícito como por el territorio en que fue cometido.

En reparto verificado el diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, correspondió el sumario de que se trata al señor Juez Primero Superior de Manizales, quien en auto de diez y siete de septiembre del mismo año, considerando que la sustracción de las mercancías del vapor "Lebrija", según algunas constancias procesales, se verificó en el trayecto comprendido de Puerto Niño a Puerto Salgar, jurisdicciones de los Distritos Judiciales de Boyacá y Cundinamarca, resolvió que la competencia del negocio correspondía al Juez Superior de Tunja, y ordenó el envío de las diligencias a esta autoridad, planteando la competencia negativa, en caso de que la entidad jurisdiccional de Tunja no aceptara las razones expuestas por la de Manizales.

En Tunja, el señor Juez Primero Superior, a quien fue adjudicado el proceso, por auto de veintidós de febrero del corriente año, teniendo en cuenta que ha sido imposible localizar el lugar preciso en que se cometió el hecho criminoso y si éste se consumó en un solo acto o, si por el contrario, como es de presumirse, el delito fue de los llamados continuados o crónicos, consideró que al caso de autos eran aplicables los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, según la primera disposición citada "de los procesos por delitos continuados o crónicos que se cometieren en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, conocerán a prevención los jueces de todas ellas", "es decir —dice el Juzgado—, que conocerá aquél que se le haya adelantado a los demás".

"Por su parte —agrega el Juez Superior de Tunja— el artículo 57 de la misma obra dice que "si el lugar donde se cometió el delito fuere desconocido, o si se tratare de un delito cometido en el extranjero o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente, por la natura-

leza del hecho del lugar en donde primero se formule el denuncia, o en que primero se inicie la instrucción y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado”.

En virtud de las anteriores razones, el señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja, no acepta la competencia negativa provocada por su colega de Manizales y envía el negocio a la Corte para que dirima la colisión presentada.

Se considera:

Dentro de las normas procedimentales obran principios en virtud de los cuales se determina lo que constituye la jurisdicción y la competencia, para establecer, mediante el primer concepto, cuáles son los funcionarios que tienen la potestad para administrar justicia dentro de las distintas categorías que constituyen la jerarquía jurisdiccional, delegada por el Estado para el ejercicio de aquella función. Y dentro del segundo concepto, para limitar la jurisdicción en cuanto se refiere al ejercicio de ésta para determinados asuntos atribuidos por la ley a ciertos funcionarios y en virtud de los cuales se concreta esa facultad en cada caso, en consideración a la naturaleza misma del hecho que ha de juzgarse, al territorio en donde se ha cometido la infracción, a ciertas condiciones del procesado o fueros que puedan corresponderle.

De manera que cometida una infracción penal, la jurisdicción se radica en todos los funcionarios que en virtud de la Constitución y de la ley tienen facultad para administrar justicia; pero la competencia se determina y concreta, condicionándose a las circunstancias del territorio y de la naturaleza del hecho. Esta última noción no tiene interés alguno para la colisión de competencias que ha de decidir la Corte en este caso. La tiene sí el territorio, en cuanto que el conflicto surgido entre los funcionarios en relación con la competencia que suscitan las circunstancias en que se llevó a cabo el ilícito atribuido al procesado, ha determinado que dos jueces de distintos distritos judiciales se inhiban de conocer del negocio, por considerar, cada uno de ellos, que la competencia radica en el otro, absteniéndose entonces de asumir la decisión del caso.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 55, al referirse a la competencia territorial, señala la regla general en cuya virtud es juez competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el del territorio en donde se cometió la infracción. Pero como quiera que pueden surgir

dificultades en la apreciación del territorio o lugar en que el hecho fue consumado, especialmente cuando de delitos crónicos o continuados se trata, cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones; o cuando el lugar fuere desconocido o el delito se cometiere en el extranjero, o en lugares distintos, era de todo punto necesario que la ley fijara normas precisas y concretas, a fin de zanjar los conflictos que pudieran presentarse en la determinación del territorio en donde la infracción se cometió:

A este orden de principios responden los artículos 56 y 57 del Código Procesal Penal. Por el primero, se señala la norma a seguir en los delitos continuados o crónicos. Y si es verdad que en el caso en estudio pudiera presentarse alguna modalidad que sirviese para considerar que la infracción tuvo distintos momentos ejecutivos, con solución de continuidad entre ellos, que le diese fisonomía de cronicidad en su realización, no es este el punto fundamental para decidir la colisión planteada, porque no es precisamente el encuadramiento jurídico adecuado para la solución del conflicto, toda vez que el proceso ofrece otra característica que sitúa el problema dentro del plano que contempla el artículo 57 antes citado.

En efecto, tenidas en cuenta las circunstancias todas en que el ilícito penal pudo realizarse, ya que fue consumado dentro de un barco que navegaba en territorio comprendido en distintas jurisdicciones, es precisamente a este factor del desconocimiento del lugar en donde el delito fue ejecutado y de las circunstancias de haberlo sido en lugares distintos, lo que enfoca la cuestión para poder decidirla dentro de las normas legales. Por ello es necesario apelar a las reglas que el Art. 57 señala para fijar la competencia en estos casos. Tales reglas son las siguientes: 1ª—Que el Juez sea competente por la naturaleza del hecho; 2ª—Que dicho Juez sea quien primero haya oído el denuncia o iniciado de oficio la investigación, y 3ª—Que en igualdad de circunstancias, la competencia la decide el hecho de la aprehensión del sindicado.

Trayendo estas normas al caso que se estudia, se observa que siendó el delito cometido en lugares distintos y desconociéndose en realidad en cuál de ellos tuvo su ocurrencia, es necesario apelar a las normas señaladas para determinar la competencia. Y como los dos jueces en colisión resultan competentes por razón de la naturaleza del hecho y el lugar en donde se formuló el denuncia o donde primero se inició la instrucción, no puede servir en este caso de guía porque esta última se lle-

vó a cabo por un funcionario con jurisdicción en todo el territorio nacional, resulta evidente que la regla que tiene aplicación en este caso es la que surge de la aprehensión del inculpado, y es en virtud de ella como puede radicarse la competencia en colisión.

De conformidad con este criterio, como aparece al folio 55 que Francisco Benítez Mercado fue aprehendido en territorio de jurisdicción de La Dorada, perteneciente al Distrito Judicial de Manizales, es preciso radicar la competencia de este proceso en aquel Distrito, para que sean los jueces competentes dentro de esa jurisdicción, los que conozcan de él, y en tal virtud decidir la colisión planteada en el sentido de que el Juez competente para conocer de este negocio es el Juez Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casa-

ción Penal— administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en este proceso planteada, señalando al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales como competente para conocer del sumario contra Francisco Benítez Mercado y otros, por el delito de robo.

Dése cuenta al señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja y remítase el expediente al señor Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese y notifíquese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

El Código Penal colombiano en su artículo 231, numeral 9º, sanciona como delito de falsedad la destrucción, supresión u ocultación de un documento público. En esta disposición incluida en el capítulo de la falsedad en documentos, nuestro legislador, reprodujo el espíritu de las disposiciones de los artículos 394 y siguientes del Código Penal de 1890, que sancionaban independientemente de los delitos de falsedad, a las personas que sustrajeran, destruyeran u ocultaran en todo o en parte algún proceso civil o criminal.

Toda falsedad por regla general presupone la existencia del dolo, o sea, el elemento intencional del delito, y en tratándose de un hecho de esa naturaleza, falsedad por destrucción, supresión u ocultación es necesario la demostración de ese factor intencional, pues el fin que persigue el agente activo del delito no es otro que el de ocultar la verdad para que prevalezca la falsedad, o un juicio falso distinto de aquel que hubiera prevalecido si el documento destruido, suprimido u ocultado, se conserva auténtico y genuino. En la mayoría de estos casos el factor subjetivo o intencional se representan por el interés, moral o económico del agente activo del delito.

El fundamento de éste delito, estriba en la función probatoria a la cual está destinado el documento, toda vez, que la destrucción, supresión u ocultación afecta directamente el contenido de la verdad creada por el documento que debe servir de elemento probatorio de la misma. Realizado el delito el juicio resultaría falso —dice Soler— en la medida en que se haya suprimido un documento genuino cuya presencia habría determinado una diferente conclusión... Para comprender las esencias de esta figura no debe repararse, pues, en la materialidad del papel destruido, sino en el hecho de haberse suprimido una fuente de verdad que tenía carácter documental.

“Cuál es en efecto —dice Carrara, citado

por la Procuraduría— el genuino concepto de esta forma de delincuencia? Acaso el hurto? De ningún modo, puesto que el documento tiene valor intrínseco con el cual alguien puede enriquecerse, salvo cuando se trata de un antiguo pergamino o de un billete al portador. En tales hipótesis, es evidente que el sustractor roba el documento con una cosa que tiene valor en sí, y cae entonces dentro de la materia ordinaria del hurto. Acaso el fraude? Tampoco, porque no se supone que el documento haya sido obtenido con artificios y engaños. Acaso la truffa? No, porque no se supone la supresión de un documento entregado confiadamente para un uso determinado. El fin del agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquella: hacer aparecer que el acreedor no es el acreedor, que el fundo de Ticio no es de Ticio, que el hijo de Saya no es de Saya, etc. El fin es el mismo que determina a aquel que en el escrito raspa una cifra o cancela una línea; y tanto vale que este fin se alcance cortando un pedazo de papel como quemándolo todo. El objeto del delito podrá no ser siempre un daño patrimonial, pero es siempre la ofensa a la verdad documental.

“Nótese que se dice falsedad por SUPRESION y no falsedad por SUSTRACCION, porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de suprimir el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente (subraya la Procuraduría), es lo que determina la noción de la falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir”.

“Por lo tanto, si la falsedad en general requiere necesariamente la existencia del dolo (no hay falsedad por culpa), pues la alteración o supresión de la verdad debe hacerse con conciencia y voluntad de producirla contra derecho, este elemento, subjetivo del delito adquiere entonces mayor importancia tratándose de la destrucción, supresión u ocultación de un documento, porque como lo dice magistralmente Carrara, “el fin del

agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquella”.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

### Vistos

Cumplidas las formalidades del procedimiento; cerrada la presente investigación, y recibido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal; se procede a calificar el mérito del sumario iniciado contra el doctor Bernardo Escobar Londoño ex-Fiscal Primero del Tribunal Superior de Manizales.

### Antecedentes

“El día catorce de julio del año que cursa —dice el denunciante— llegó a la Fiscalía Primera del Tribunal Superior (la cual estaba a mi cargo en mi carácter de Fiscal), un sumario procedente de la Secretaría del Tribunal Superior, Sala Penal. En dicho sumario figura como sindicado el doctor Carlos A. de la Cuesta Betancour por los delitos de chantage, falsedad y colusión y como ofendido la señora Ana de Jesús Zapata, quien a la vez figura como denunciante en el referido informativo. Tal negocio había llegado a la Fiscalía para que se emitiera concepto de fondo, sobre el sobreseimiento definitivo decretado en favor del doctor de la Cuesta, por el señor Juez Primero Superior a quien le tocó calificarlo. En la Fiscalía fue recibido el negocio ameritado por don Miguel Restrepo B., Oficial Escribiente del despacho. El suscrito Fiscal no tuvo conocimiento de la llegada de él sino cuando se fue a remitir el informe correspondiente al señor Ministro de Justicia sobre las entradas y salidas de los negocios que pasan por la Fiscalía y porque así se lo informó al suscrito el señor Oficial Escribiente, que faltaba un negocio y al ir a revisar los negocios faltaba el del doctor Carlos de la Cuesta el cual corresponde al número 367 de la radicación. De tal suerte que el negocio mencionado ha debido perderse o extraviarse en el lapso comprendido del treinta de julio al treinta de agosto, fecha ésta en que se rindió el último informe al señor Ministro de Justicia”.

### Investigación

Al sumario se allegaron el decreto de nombra-

miento, el acta de posesión, y el certificado sobre el ejercicio del cargo del doctor Bernardo Escobar Londoño, pruebas con las cuales se acredita la calidad de Agente del Ministerio Público como Fiscal del Tribunal Superior.

Se recibieron varias declaraciones tendientes a demostrar la verdad de los hechos investigados. Se practicaron dos diligencias de inspección ocular, una sobre los libros que se llevan en la Fiscalía Primera del Tribunal, oficina de la cual desapareció el expediente seguido contra el doctor Carlos de la Cuesta por delito de chantage y otros cargos; y la otra, sobre las seguridades puestas a la puerta de entrada de dicha oficina, “sistema de las chapas Yale y otras chapas marca Schangé con funcionamiento automático”.

Al doctor Bernardo Escobar Londoño se le recibió declaración indagatoria sobre los hechos investigados.

Se considera:

La competencia para conocer de estos negocios la determina el artículo 142 de la Constitución Nacional cuando dice que los funcionarios del Ministerio Público tendrán los mismos privilegios que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo. La Sala al interpretar el citado precepto constitucional, en relación con lo dispuesto por el artículo 42, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal, afirmó que el conocimiento de los negocios, por cargos de responsabilidad seguidos contra los Fiscales del Tribunal, es de la Corte —Sala Penal—.

El Código Penal colombiano en su artículo 231 numeral 9º, sanciona como delito de falsedad la destrucción, supresión u ocultamiento de un documento público. En esta disposición incluida en el capítulo de la falsedad en documentos, nuestro legislador, reprodujo el espíritu de las disposiciones de los artículos 394 y siguientes del Código Penal de 1890, que sancionaban independientemente de los delitos de falsedad, a las personas que sus-trajeran, destruyeran, ocultaran en todo o en parte algún proceso civil o criminal.

Toda falsedad por regla general presupone la existencia del dolo, o sea, el elemento intencional del delito, y en tratándose de un hecho de esa naturaleza, falsedad por destrucción, supresión u ocultación es necesario la demostración de ese factor intencional, pues el fin que persigue el agente activo del delito no es otro que el de ocultar la verdad para que prevalezca la falsedad, o un juicio falso distinto de aquel que hubiera prevalecido si el documento destruido, suprimido u ocultado, se conservara auténtico y genuino. En la mayoría

estos casos el factor subjetivo o intencional se presenta por el interés, moral o económico del agente activo del delito.

El fundamento de este delito, estriba en la fundación afecta directamente el contenido de verdad creada por el documento que debe ser probatoria a la cual está destinado el documento, toda vez, que la destrucción, supresión u omisión de elemento probatorio de la misma. Realizado el delito, el juicio resultaría falso —dice Carrara— en la medida en que se haya suprimido el documento genuino cuya presencia habría determinado una diferente conclusión... Para comprender las esencias de esta figura no debe repararse, pues, en la materialidad del papel destruido, sino en el hecho de haberse suprimido una fuente de verdad que tenía carácter documental.

“Cual es en efecto —dice Carrara, citado por la Procuraduría— el genuino concepto de esta forma de delincuencia? Acaso el hurto? De ningún modo, puesto que el documento no tiene valor intrínseco sino el cual alguien pueda enriquecerse, salvo cuando se trate de un antiguo pergamino o de un billete al portador. En tales hipótesis, es evidente que el sustractor roba el documento como una cosa que tiene valor en sí, y cae entonces dentro de la materia ordinaria del hurto. Acaso el fraude? Tampoco, por que no se supone que el documento haya sido obtenido con artificios y engaños. Acaso la falsificación? No, porque no se supone la supresión de un documento entregado confiadamente para un uso determinado. El fin del agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquella: hacer aparecer que el acreedor no es el acreedor, que el fundo de Ticio no es de Ticio, que el hijo de Saya no es de Saya, etc. El fin es el mismo que determina a aquel que en el escrito raspa una cifra o cancela una línea; y tanto vale que este fin se alcance cortando un pedazo de papel como quemándolo todo. El objeto del delito podrá no ser siempre un daño patrimonial, pero es siempre la ofensa a la verdad documental.

“Nótese que se dice falsedad por **supresión** y no falsedad por **sustracción**, porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de **suprimir** el documento. Este criterio, deducido **totalmente del fin del agente** (subraya la Procuraduría), es lo que determina la noción de la falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir”.

“Por lo tanto, si la falsedad en general requiere necesariamente la existencia del dolo (no hay falsedad por culpa), pues la alteración o supresión de

la verdad debe hacerse con conciencia y voluntad de producirla contra derecho, este elemento subjetivo del delito adquiere entonces mayor importancia tratándose de la destrucción, supresión u ocultación de un documento, porque como lo dice magistralmente Carrara, “el fin del agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquella”.

Podría afirmarse que el doctor Bernardo Escobar Londoño tuvo la intención de destruir, suprimir u ocultar el proceso seguido contra el doctor Carlos de la Cuesta Betancour por el delito de chantaje?

No. Porque todos los elementos probatorios aducidos al proceso llevan a la conclusión lógica de que en la pérdida del negocio no hubo de parte de los funcionarios —en cuya oficina reposaba el sumario— la menor intención de destruir, suprimir u ocultar el proceso, con la intención o ánimo de ocultar la verdad de los hechos, con el fin de hacer prevalecer una concepción falsa de los mismos, pues en ello no tenían interés alguno.

En efecto: en su indagatoria el doctor Escobar Londoño afirma lo mismo que sostiene en su memorial denunciado cuando dice:

“El suscrito deja constancia que ningún interés podía tener en la sustracción del referido expediente por las siguientes razones: porque la letra que figura en él no estaba extendida a mi favor; porque no me ligan ningunos nexos ni de amistad ni de nada con el doctor Carlos de la Cuesta Betancour, quien figuraba como sindicado en el referido sumario, y por último, porque no conocí quien giró la letra. De tal suerte que extraño verme como sindicado en un negocio en que el ofendido ha sido el suscrito Fiscal y que en realidad de verdad sí aparecen otros que tienen interés en hacerlo desaparecer”. (Fs. 35).

Y esta afirmación se halla corroborada por el testimonio de Miguel Restrepo B., quien dice que ni siquiera hubo negligencia de parte de dichos empleados, pues, ponían todo el cuidado en constatar que la oficina donde se mantenía el proceso estuviera dotada de todas las seguridades; y por las declaraciones de los doctores Vicente de los Ríos y Carlos Mejía Vieira, quienes consideran al doctor Escobar Londoño como “incapaz de propiciar, siquiera por descuido o negligencia, la pérdida o extravío de un negocio que haya entrado a su despacho”.

“En esta clase de infracciones, —dice la Procuraduría— el interés de la desaparición del proceso es uno de los índices más seguros para descubrir

a sus autores. Y ¡al interés, ni remotamente, se descubre en el doctor Escobar Londoño, con mayor razón cuando resulta muy posible que la sus-tracción del expediente se consumare mediante violencia ejercida sobre la puerta de la oficina de la Fiscalía”.

En mérito de lo expuesto, 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 Re-

pública, y por autoridad de la ley SOBRESEE definitivamente en favor del doctor Bernardo Escobar Londoño por los cargos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.

## INDICIOS. — REQUISITOS PARA QUE UN INDICIO CONSTITUYA ELEMENTO DE CONVICCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. — APRECIACIÓN DE INDICIOS

“Entiéndese por indicio —dice Dellepiane— todos los hechos o circunstancias que en virtud de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, pueden llevar por vía de inferencias, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, en su naturaleza, autores, móviles, efectos, y demás particularidades del mismo”.

Es decir, para que se tenga un indicio como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada; que el hecho indiciario se halle plenamente probado; que sean varios y graves cuando uno solo no es necesario o concluyente para la demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no constituyan momentos sucesivos de un solo hecho, que sean convergentes y que se coordinen entre sí en tal forma que su conclusión sea el resultado natural y lógico de un todo coherente y se puede decir indivisible.

Es claro que cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho no necesario y cuando sus modos probatorios dependen de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forma la plena prueba que exige la ley para condenar. Porque en este caso, todos ellos no serían la expresión de diversos hechos indiciarios sino de uno solo con un mismo argumento; es decir, sería un indicio no necesario demostrado por varios hechos convergentes que tratan de vigorizarlo pero no de multiplicarlo.

En estas condiciones, los hechos indiciales no serían independientes unos de otros, ni en cuanto a su origen ni en cuanto al modo de probarlos. Si el indicio no es necesario, la demostración que de él se haga por medio de hechos convergentes, no significa que esas circunstancias demostrativas se tengan ante la ley como diversos hechos indiciarios, sino como uno solo, separado por momentos suce-

sivos que en último término son partes integrantes de un solo hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

### Vistos

En sentencia de 25 de agosto de 1947 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a Delfín Rodríguez Plaza y Jesús María Toro Correa a la pena principal de nueve meses de prisión como responsables de un delito de hurto.

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

### Antecedentes

En la hacienda denominada “Las Hamacas” pastaban unos semovientes de propiedad del señor Rafael Villafañe. A mediados del mes de junio de 1946 desaparecieron cinco, y como Villafañe pusiera este hecho en conocimiento del Inspector Municipal de Buga, se adelantó la correspondiente investigación, cuyo resultado fue la localización de dichos semovientes en la finca denominada “La Estrella” de propiedad de Félix Triviño, ubicada en el Municipio de Guacarí.

Jesús María Toro Correa hijo de Jesús Toro administraba la finca de su padre denominada “Las Hamacas” y bajo su dependencia y al servicio de su administrador trabajaba Delfín Domínguez Plaza.

En el curso del sumario por medio de prueba testimonial se demostró que los mencionados animales fueron conducidos el día 20 de julio del citado año por los señores Delfín Domínguez y Jesús María Toro Correa.

Durante el juicio, Domínguez confesó ser el autor del delito: trató de disculpar a Toro Correa afirmando que el día 20 de julio se encontró ocasionalmente con éste; a su vez Correa confirma lo

sostenido por Domínguez Plaza sobre el encuentro ocasional. Con esta prueba el Juzgado absuelve al procesado José María Toro Correa, —porque en su concepto— de la prueba no se puede deducir la participación de éste en la sustracción de los semovientes, sino únicamente un hecho que lo haría responsable de un delito de encubrimiento, porque teniendo conocimiento de un delito y con el fin de ayudarle al delincuente a eludir la responsabilidad, calló los hechos y rindió informes falsos a la autoridad.

Pero al ser revisada la sentencia por el respectivo tribunal, éste en providencia de agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y siete revocó el fallo absolutorio pronunciado en favor de Jesús María Toro Correa y lo condenó a la pena de nueve meses de prisión como responsable del delito de hurto.

#### Demanda

El recurrente invoca como causal de casación la del numeral segundo del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que dice:

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos se les atribuya un valor probatorio que no tienen o se les niegue 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 influido en la determinación de la sanción”.

Impugna la sentencia porque al acusado Toro Correa se le condenó sin la existencia de la prueba plena de la responsabilidad y argumenta así:

“Contra Toro Correa no existe en el proceso sino un indicio, que aun siendo grave, que no lo es, no es causa bastante para dictar sentencia condenatoria contra él. Y es claro, clarísimo, que al haber concluido el Tribunal que contra el mismo Toro militaban tres indicios, erró en la apreciación de los hechos, pues les dio categoría de indicios sin serlo”.

“Consecuencialmente al haberse producido la sentencia condenatoria se violó la ley penal por errónea interpretación, ya que un solo indicio, aun siendo grave, no constituye plena prueba de la infracción penal. El Tribunal violó, pues, los artículos 203 y 205 del C. de Procedimiento Penal”.

Se considera:

Como el proceso original se quemó en el edifi-

cio donde funcionaba la Procuraduría General de la Nación, el estudio de la providencia consultada se hará sobre los elementos probatorios allegados en copia a estas diligencias, copias que hacen fe en cuanto a su existencia y contenido al tenor de lo dispuesto por los artículos 162, 164 y 231 del Código de Procedimiento Penal, 632 del Código Judicial, 8º, 13 y 18 del Decreto-ley No. 1897 de 4 de junio de 1948.

La prueba indiciaria que el Tribunal tuvo en cuenta para deducirle responsabilidad a Toro Correa fue resumida así:

“a) Fue visto por numerosos testigos y en distintos sitios de un camino poco frecuentado conduciendo con el sindicado Domínguez Plaza los semovientes hurtados,

“b) A pesar de estar plenamente comprobada la antedicha circunstancia Toro Correa se ha obstinado en negarla.

“c) El sindicado Domínguez Plaza y Toro Correa viven en la misma finca donde fueron sustraídas las reses y aquél trabajó como subordinado o dependiente de éste”.

Con los testimonios de Antonio Vélez, Graciela Domínguez, Francisco Guevara, Jesús Antonio Branda y Rosa Ramírez, se estableció plenamente que en las horas de la tarde del día sábado 20 de julio los semovientes eran conducidos por los procesados Delfín Domínguez y Jesús María Toro Correa, y estos testigos señalan el sitio de Guabas como el lugar de ocurrencia del hecho atestiguado.

Waldina Quintero, Rita Vélez, María Rojas, Jorge Enrique Guevara y Félix Triviño, dicen que Delfín Domínguez fue la persona que condujo a la finca “La Estrella” dichos semovientes, los ofreció en venta a Triviño, quien se abstuvo de comprarlos, pero consintió en que los dejara en uno de sus potreros hasta el día martes 22 del mes y año citados.

Al iniciarse la investigación, Toro Correa y Domínguez, negaron el hecho de haber sacado los animales de la hacienda denominada “Las Hamacas” para llevarlos al Municipio de Guacarí, a la finca de Félix Triviño denominada “La Estrella”. Pero no niegan el hecho de que el día 20 de julio estuvieron departiendo juntos en Guacarí.

En efecto Jesús María Toro dice:

“Es cierto que el sábado 20 de julio, próximo pasado salí en compañía de Delfín Domínguez, como a eso de las siete de la mañana de la finca de “Las Hamacas”, en donde trabaja Domínguez como peón mío. Salimos juntos a Guacarí. Llegamos como a las diez de la mañana y nos pusimos a tomar trago en la cantina de Manuel Eduardo Ro-

mero y allí permanecimos juntos por espacio de dos horas; luégo salimos hacia una cantina cerca de la estación, donde trabaja una mona. Allí tomamos más trago y salimos para donde Eduardo Calero. No me recuerdo cuanto tiempo estuvimos donde Eduardo y estando allí donde Eduardo le dije a Delfín "anda y te sacas las vacas del Chircal, que yo me voy para donde Rafael Campo a las Guabitas y me esperas con las vacas en el corral de la palma, es decir en rancho grande. Yo me fui para las Guabitas y volví como a eso de las seis de la tarde del mismo día 20 de julio".

El 27 de septiembre Toro Correa al responder una pregunta de la indagatoria dice:

"Dónde se encontraba usted el día sábado 20 de julio del corriente año, de las doce meridiano hasta las cinco pasado meridiano, más o menos, en compañía de quién o quiénes, de qué trató o de qué se ocupó? Contestó: "Yo siempre salgo los sábados de Mediacanoa a las Guabitas: antes de ir a Guabitas me pongo a tomarme mis tragos aquí porque llevo de mañana, hasta las dos o tres de la tarde más o menos, después viajo a Guabitas: al regreso de Guabitas vuelvo y me tomo otros tragos y me voy para mi finca, poco más o menos a las siete u ocho de la noche, "a pagar a mis peones". Y al ser nuevamente preguntado si el día 20 de julio, el señor Delfín Domínguez Plaza todavía trabajaba como peón suyo, respondió: "Hace por ahí poco más o menos, dos meses que el señor Delfín Domínguez dejó de trabajarme, pero no recuerdo bien fechas....".

Delfín Domínguez niega el haber conducido los semovientes el día 20 de julio del año citado, pero afirma el hecho de haber estado en compañía de Toro Correa tomando licor en las cantinas de Manuel Eduardo Romero y Eduardo Calero; pero las personas citadas por los sindicatos, niegan enfáticamente el que éstos hubieran visitado sus establecimientos en la fecha citada por ellos.

En el curso del juicio los procesados fueron interrogados de conformidad con el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, y en esta diligencia Delfín Domínguez confiesa ser él la persona "que en la mañana del 20 de julio del año pasado se sustrajo los cinco semovientes y los condujo por el callejón de las Guabas a la finca de Félix Triviño, con el ánimo de vendérselas: pero esto lo hizo solo y que cuando iba por los callejones de Guabas lo alcanzó Jesús M. Toro, quien lo acompañó hasta la puerta de entrada de la propiedad de Triviño, sin preguntarle nada sobre las vacas, ni su procedencia".

Toro Correa —dentro del juicio— tratando de eludir los cargos que se le formularon en el auto de proceder y en relación con lo expresado por Domínguez dice:

"Que el sábado 20 de julio salió de la finca de "Las Hamaças", solo, como a eso de las diez de la mañana con dirección a Guacarí y que llegando al caserío de Guabas encontró a Delfín Domínguez: que iba con una ganado, y que al preguntarle para dónde lo llevaba, le había dicho que dónde don Félix Triviño, que le acompañó unas cuadras y cuando Domínguez entró a donde don Félix, él había seguido solo para Guacarí; declaró igualmente que no conocía el ganado que llevaba Delfín, ni le preguntó de quién era ese ganado.... Interrogado para que explicara por qué en las anteriores declaraciones e indagatorias había dicho que ese 20 de julio había viajado con Delfín a Guacarí, que había tomado trago en algunas cantinas de esa población, etc., etc., y dijo: "que como yo salía luego con Delfín a trasladar ganados del Chircal a las Hamacas, o a hacer alguna vaquería al Chircal y bebíamos trago en las cantinas, a mí me parecía que ese mismo día era el que me preguntaban y resulta que ahora que yo recuerdo bien, ese día Delfín salió solo y por consiguiente, no era el día que habíamos tomado trago".

"En el proceso existen las declaraciones de Jorge Enrique Calero y Marina Pérez, de que en altas horas de la noche y por la vía que transitó el ganado materia de este hurto, vieron dos sujetos conduciendo unas reses y que traían la dirección del sitio de Yarumal, "es decir, del callejón que conduce al paso de la barca de Yotoco y los animales los conducían en dirección hacia Guacarí".

Después de analizar los hechos que se dejaron transcritos y toda la prueba indiciaria recogida en este negocio, el agente del Ministerio Público dice:

"En concepto de la Procuraduría, los indicios que arrojan las constancias procesales son estos:

1º—Los acusados Toro Correa y Domínguez Plaza habitaban en la misma finca Las Hamacas, donde fueron sustraídos los cinco semovientes;

2º—Entre uno y otro procesados mediaban relaciones de dependencia y de confianza;

3º—Ambos sujetos fueron vistos conduciendo las vacas hurtadas, a raíz de la pérdida de éstas;

4º—Haber negado, en un principio, Toro Correa y Domínguez ese hecho plenamente establecido;

5º—Estar adulteradas las primitivas marcas de los animales objeto del delito cuando fueron llevados a la propiedad del señor Félix Triviño;

6º—Haber fracasado Toro Correa y Domínguez en la prueba que adujeron para establecer que en las horas de la tarde del 20 de julio se hallaban tomando licor en Guacarí; y

7º—Las claras contradicciones en que incurrió Toro Correa sobre sus actividades en el día 20 de julio, especialmente en lo atinente al hecho fundamental de haber salido de la finca Las Hamacas en compañía de Domínguez, lo cual desvirtuó más tarde, cuando ya pesaba sobre él un auto de proceder.

“Los indicios anteriores están suficientemente probados; son distintos unos de otros, pero guardan entre sí una estrecha concordancia, y todos convergen, finalmente, por un nexo de causalidad, derivado de las circunstancias de lugar, tiempo y acción, a comprometer al acusado Toro Correa como copartícipe principal del hurto investigado.

“Y nótese el vínculo de solidaridad con que todos los indicios atan a ambos acusados, lo que no podía menos de suceder en virtud del compañerismo que los ligaba desde antes de consumar el delito y que se afirma y mantiene en el curso del día veinte de julio de 1946, cuando trasladaban los animales del Municipio de Buga al Municipio de Guacarí. Solidaridad que resulta más ostensible a través de las actuaciones procesales: ambos niegan, en un principio, lo que podía perjudicarlos; y ambos declaran después, en el término probatorio del juicio, circunstancia en que coinciden plenamente para cargar a uno de ellos —Domínguez— la responsabilidad íntegra del hecho punible, y para liberar al otro —Toro Correa— de las consecuencias jurídico-penales de su acto antisocial.

“Con esto se quiere significar que no es posible desligar a Toro Correa de las actividades de Domínguez Plaza en la adulteración de las marcas de las cinco vacas hurtadas, en el apoderamiento de éstas y en su conducción hasta la finca La Estrella de propiedad de Félix Triviño, el día veinte de julio mencionado”.

Afirmó el recurrente que los indicios señalados por el Tribunal con las letras a) y b) se reducen a uno solo “haber sido visto a Toro Correa con Delfín Domínguez conduciendo los animales, que después se demostró fueron hurtados”.

Pero el recurrente parte de un error, porque uno es el hecho de la conducción de los ganados demostrado plenamente; y otro, muy distinto, el de la negativa de ese hecho acreditado con la confesión de Toro Correa y Domínguez Plaza. Estos indicios constituyen elementos de convicción para que el

juzgador pueda deducir la correspondiente responsabilidad.

“Entiéndese por indicio —dice Dellepiane— todos los hechos o circunstancias que en virtud de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, puedan llevar por vía de inferencias, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, en su naturaleza, autores, móviles, efectos, y demás particularidades del mismo”.

Es decir, para que se tenga un indicio, como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada; que el hecho indiciario se halle plenamente probado; que sean varios y graves cuando uno solo no es necesario o concluyente para la demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no constituyan momentos sucesivos de un solo hecho, que sean convergentes y que se coordinen entre sí en tal forma que su conclusión sea el resultado natural y lógico de un todo coherente y se puede decir indivisible.

Es claro que cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho no necesario y cuando sus modos probatorios dependen de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forma la plena prueba que exige la ley para condenar porque en este caso, todos ellos no serían la expresión de diversos hechos indiciarios sino de uno solo con un mismo argumento; es decir, sería un indicio no necesario demostrado por varios hechos convergentes que tratan de vigorizarlo pero no de multiplicarlo.

En estas condiciones, los hechos indiciales no serían independientes unos de otros, ni en cuanto a su origen ni en cuanto al modo de probarlos. Si el indicio no es necesario, la demostración que de él se haga por medio de hechos convergentes, no significa que esas circunstancias demostrativas se tengan ante la ley como diversos hechos indiciarios, sino como uno solo, separado por momentos sucesivos que en último término son partes integrantes de un solo hecho.

Con las declaraciones de Jorge Enrique Calero y Marina Pérez —según expresa el fallo— se acreditó que en altas horas de la noche vieron a dos sujetos conduciendo unas reses en el sitio de Yaurumal, del callejón que conduce al paso de la Barca de Yotoco, y los animales los llevaban en dirección hacia Guacarí”, afirmación ésta que se corrobora con los testimonios de Antonio Vélez, Graciela Domínguez, Francisco Guevara y otros,

quienes expresan que el día 20 de julio eran conducidos unos animales por Delfín Domínguez y Jesús María Toro.

Sin embargo, los procesados negaron este hecho (conducción de semovientes) y afirmaron ser verdad que en ese día ellos estuvieron juntos, libando copas en las cantinas de Manuel Romero y Eduardo Calero, pero los testigos citados para probar la coartada negaron los hechos y afirmaron todo lo contrario.

“Esta negativa —dice la Procuraduría— de un hecho indubitadamente demostrado hace surgir un nuevo hecho, un indicio distinto, que algunos expositores de pruebas judiciales, entre ellos, Framarino, denominan, “indicios de efectos por las huellas morales del delito”.

“El acusado que en juicio criminal —dice el expositor citado por la Procuraduría— llega a afirmar a sabiendas lo falso, o a negar lo que le consta como verdadero, revelando interés en ocultar la verdad despierta la sospecha de que esta verdad le es contraria y que es culpable; he ahí el indicio de la mentira” y más adelante expresa:

“La mentira del acusado, ya resulte de su contradicción o de lo increíble de su aserto, ya de otras fuentes, como el testimonio de tercero, para que pueda legítimamente funcionar como indicio de delincuencia es preciso que sea cierta”.

Este nuevo hecho indiciario se halla plenamente acreditado, ora por las declaraciones de las personas que dicen que los procesados no estuvieron el día de los sucesos en las cantinas de Romero y Calero, ya también, por la confesión que hicieron Domínguez y Toro Correa dentro del proceso penal; vale decir, que ante la ley y en estas condiciones, el nuevo hecho indiciario reúne los requisitos de validez, para ser apreciado como elemento demostrativo de la responsabilidad de sus autores.

Alega el recurrente que Toro Correa “ocasionalmente” se encontró con Delfín Domínguez cuando éste llevaba o conducía el ganado, pero que este motivo no es suficiente para deducirle responsabilidad como autor del hurto.

Pero este encuentro **ocasional** —de que habla el demandante— no se ha demostrado ya que la prueba analizada destruye el hecho de una compañía ocasional. Si esta afirmación fuera verdadera, desde el momento en que se inició la investigación hubiera sido alegada por los procesados, pero no en el curso del juicio, cuando ya existía un auto de proceder y cuando había un marcado interés por eludir la responsabilidad.

La confesión que hiciera Domínguez de ser él autor del hecho, y el afán o deseo de eludir la responsabilidad de Toro Correa, con la afirmación

de un encuentro ocasional aceptado por éste, están no solo en perfecto desacuerdo con lo afirmado primeramente por ellos, sino que pone de manifiesto el interés de Domínguez para exonerar de toda participación a Toro Correa, ora por ser su patrón, ora porque vivían en la misma finca, ya también porque Domínguez era el peón de su confianza. En estas condiciones, nada más natural y lógico que la aceptación de un interés sobre exoneración de la responsabilidad por las relaciones de subordinación o dependencia con su patrón antes de realizar el delito; y también, por esa superioridad económica de Toro Correa sobre Domínguez.

Así, pues, esas manifestaciones que hicieron los acusados en el curso del juicio, pueden constituir recursos defensivos, pero en ningún caso pruebas demostrativas de su inocencia, máxime cuando en el proceso no existe ninguna prueba que corrobore sus afirmaciones tardías y de última hora.

“He aquí como se traduce el perfecto acuerdo, —dice la Procuraduría— el estar aleccionados, el recurso habilidoso por parte de los procesados para mejorar la posición jurídica de uno de ellos ante la imposibilidad de liberarse ambos. Y, en esa forma, lo dicho por ellos no puede admitirse como expresión nítida de la verdad”.

Finalmente, hay que decir que, en materia de indicios, los juzgadores de instancia gozan de una gran amplitud para apreciarlos y adquirir su convencimiento pleno acerca de la existencia del delito y de la culpabilidad de autor o partícipe. Sólo en caso de que haya un manifiesto error en la valoración de los indicios, podrá la Corte, en este recurso extraordinario, desconocer la certidumbre que ha adquirido el Tribunal por dichos medios”.

“Y ese error evidente está muy lejos de concurrir aquí, no obstante los laudables esfuerzos que ha hecho el señor defensor de Toro Correa para convencer a la Corte sobre el particular”.

En consecuencia la causal alegada no prospera.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, **NO INVALIDA** el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por el cual se condenó a Jesús María Toro Correa a la pena principal de nueve meses de prisión.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

**SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION POR NO HABER SIDO PRESENTADA LA DEMANDA POR PERSONA QUE SEA ABOGADO INSCRITO. — DIFERENCIA ENTRE INTERPOSICION Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO**

El artículo 2º de la Ley 69 de 1945 permite que los procesados, en el desarrollo de la acción penal, puedan interponer sin necesidad de apoderado, recursos dentro del proceso, pero, como lo ha explicado ya la Corte, una cosa es interponer el recurso de casación, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto de dicho recurso extraordinario. Lo primero puede hacerlo el procesado mismo; lo segundo no compete sino a aquella persona que tenga la categoría de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúna estas condiciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

**Vistos**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en fallo de fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, impuso a Juan Crisóstomo Niño la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Adriano Amador.

Contra aquella sentencia interpuso el procesado el recurso de casación, el que fue admitido por la Corte, en auto de fecha veintiuno de enero del presente año, en el que se ordenó también correr traslado al recurrente por el término legal, para que formulara la demanda de casación, con la advertencia de que ella debía ser presentada por abogado inscrito en esta Corporación.

El procesado, en tiempo oportuno, presentó un escrito en el cual solicita a la Corte la revisión del fallo, agregando que por ser pobre, carece de recursos y, por lo mismo, no le es posible designar abogado que lo represente en el recurso extraordinario.

**Concepto del Procurador**

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto que antecede, es de opinión que el recurso debe declararse desierto, porque de conformidad con los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 69 de 1945, "nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito".

Se considera:

Bastaría —ha dicho la Corte en caso similar al presente— para que prospere la petición del señor Agente del Ministerio Público, en el sentido de que se declare desierto el recurso, señalar que habiéndose interpuesto con posterioridad a la reforma constitucional de 1945, es de imperiosa aplicación aquí el artículo 40 de la Carta y 1º de la Ley 69 de 1945, según los cuales a nadie le es permitido litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito con las excepciones establecidas en la ley.

El artículo 2º de la Ley 69 antes citada, consagra precisamente algunas de estas excepciones, pues permite que en el desarrollo de la acción penal puedan los procesados, sin necesidad de apoderado: interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que de manera expresa autoriza la ley.

Pero una cosa es interponer el recurso y que éste sea admisible, como sucede en el caso, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto del recurso extraordinario de casación, que es un juicio contra la sentencia y que por lo mismo tiene que estar rodeado de ciertas condiciones para que prospere, pues de otra manera ello equivaldría a considerarlo como una tercera instancia, haciéndole perder los fines esenciales en que un recurso de tal índole se sustenta.

Ya antes la Corte al interpretar el artículo 40 de la Constitución Nacional, y anticipándose al concepto del legislador consignado en el artículo 2º de la Ley 69 de 1945 y antes de expedirse ésta,

sostuvo en varias ocasiones que el recurso de casación podía ser interpuesto por el procesado o procesados a quienes la ley concede ese derecho, pensamiento que informa en la actualidad el contenido del artículo 2º de la citada ley, al disponer que en desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, entre los cuales se halla sin duda alguna el de casación. Ello quiere decir que lo que esta Sala ha almitido es que el recurso de casación puede ser interpuesto por el propio reo, sin necesidad de abogado inscrito en la Corte. Pero, una cosa es interponer el recurso de casación ante el Tribunal de instancia, de conformidad con los artículos 556 y 560 del Código de Procedimiento Penal y otra muy diferente es la facultad que tienen las partes para que se fundamente, una vez admitido, y los requisitos que ello exige, según el artículo 563, pues si la interposición del recurso puede hacerla el procesado mismo, lo segundo no compete sino a aquella persona que tenga la categoría de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúna estas condiciones.

Por otra parte, el recurso de casación exige elevada técnica jurídica ya que en él se enfrentan la ley y una sentencia proferida por un Tribunal Superior, y quien no tiene conocimientos en derecho, como sucede en este caso al procesado recurrente, mal puede cumplir los requisitos que se exigen en recursos de esta naturaleza.

Por las razones expuestas la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, **DECLARA DESIERTO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Crisóstomo Niño, contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## IMPEDIMENTOS. — LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION

Si fuera ampliado el concepto de que la causal 4ª la constituye la manifestación de una opinión cuando quiera que un Magistrado o Juez elabora el proyecto de decisión correspondiente, se llegaría al absurdo de hacer operar esa causal de impedimento o recusación hasta límites inconvenientes, toda vez que cualquier opinión del funcionario, así fuera ella emitida como una simple certificación, sin comprometer su criterio y decidir en definitiva, impondría la inhibitoria posterior del mismo Juez, paralizando, de esta suerte, la administración de justicia, que siempre se vería cohibida por un procedimiento que ni la ley crea, ni la propia razón justifica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Várquez)

### Vistos

Debe decidir la Sala Penal de la Corte el incidente de recusación propuesto por el defensor de los procesados Inocencio y Rufino Lizarazo, contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Manuel S. Guzmán, según providencia de tres de marzo de este año, visible a los folios 22 a 25 del cuaderno principal, no en virtud de la apelación interpuesta por el representante de los reos y concedida por el Magistrado sustanciador de aquel Tribunal, sino en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal.

El caso a estudio, es el siguiente:

El proceso por el delito de homicidio, contra Inocencio y Rufino Lizarazo, subió al Tribunal Superior en consulta de la sentencia proferida por el Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Bogotá, correspondiéndole en reparto al Magistrado doctor Manuel S. Guzmán quien, según consta de autos, elaboró el proyecto de resolución. La po-

nencia del Magistrado Guzmán había pasado al estudio de alguno de los Magistrados integrantes de la Sala del ponente, cuando se sucedieron los hechos del nueve de abril del año próximo pasado, y en el incendio y saqueo del Palacio de Justicia desapareció aquel expediente.

En auto de dos de julio de mil novecientos cuarenta y ocho, el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de su Magistrado doctor Guzmán, ordenó la reconstrucción del proceso contra los Lizarazo, cumplido lo cual por el Juez de la primera instancia, nuevamente se sometió a reparto en el Tribunal y también, en esta ocasión, correspondió al doctor Guzmán la sustanciación y ponencia del recurso de alzada.

Fue entonces cuando el doctor Carlos Arturo Díaz, defensor de los procesados Lizarazo, presentó el escrito de recusación del Magistrado doctor Guzmán, alegando la causal 4ª del artículo 73 del Código Procesal Penal, por cuanto —dice— “en el proceso de Rufino e Inocencio Lizarazo el Magistrado doctor Guzmán, no solamente ha manifestado su opinión sobre el fallo que va a dictar en esa segunda instancia, sino que ha dejado constancia de ello por escrito. En efecto: en las diligencias previas para ordenar la reposición del proceso, encuentro la siguiente manifestación del señor Magistrado:

“Fecha de entrada 4 de diciembre de 1947. — Resolución: **revoca y declara injusto el veredicto** (subraya el doctor Díaz). Salida: 6 de abril de 1948 salió con proyecto de resolución para la Sala del doctor Peñuela”.

Como el Magistrado doctor Guzmán rechazara la recusación, fundándose en las razones que expone en providencia de tres de diciembre del año pasado, correspondió a la Sala Dual del Tribunal resolver el incidente, lo que así hizo en auto de tres de marzo del presente año, declarando inadmisible la recusación propuesta por el doctor Díaz, como defensor de los sindicados Inocencio y Rufino Lizarazo. Contra esta providencia, el mismo defensor interpuso el recurso de apelación que, además de ser improcedente, como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, “fue concedido

por el mismo Magistrado sustanciador, debiendo ser por la Sala Dual que resolvió el punto”.

Se considera:

En parte alguna el Código de Procedimiento Penal otorga jurisdicción a la Corte por motivo de apelación de la providencia en virtud de la cual la Sala Dual, a quien corresponde conocer de la recusación propuesta contra un Magistrado, niega ésta por considerar que la causal o causales alegadas, no se ajustan a las normas legales.

La decisión de la Corte en estos casos se adquiere en virtud de corresponderle como superior conocer del incidente promovido al respecto, o como dijera en doctrina anterior esta Sala “no decide un impedimento en virtud de recurso alguno, sino por la declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento (o la recusación, si es el caso).

Así las cosas, de la recusación interpuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Manuel S. Guzmán, conocerá esta Sala en virtud de la declaratoria de inadmisión proferida por auto de 3 de marzo del año en curso, no empece a la circunstancia de no haberse remitido al superior, en este caso la Corte, la negativa de ilegalidad de la recusación, como debió haberse hecho en dicha providencia de Sala Dual y aun a pesar de que concedido contra ella un recurso inexistente, fuera otorgado por el mismo funcionario recusado, informalidades todas estas que deberán ser corregidas en el futuro.

En lo que se refiere al motivo de recusación aquí formulado, ya se ha dicho que se hace consistir en el informe que el doctor Guzmán rindiera con motivo de haberse destruido en el incendio del Palacio de Justicia, el nueve de abril, el expediente de la causa contra los Lizarazo, en el sentido de señalar en dicho informe las fechas de entrada y salida del proceso y la resolución que recayera en él, dictada por el doctor Guzmán, proyecto que también resultó destruido cuando se encontraba en el despacho del doctor Peñuela para su estudio en la Sala de decisión del señor Magistrado Guzmán. La sola enunciación del motivo lo califica de infundado.

En efecto, la causal de recusación o impedimento contemplada en la parte final del numeral 4º del artículo 73 del C. de Procedimiento Penal no puede hacerse consistir en la mera circunstancia que el señor defensor de los procesados Lizarazo invoca, para formularla como legal, produciendo la inhibición del funcionario recusado. Ninguna opinión que pueda constituir o ser interpreta-

da como manifestación definitiva del parecer del Juez, que lo cohiba para permanecer sujeto a ella en cualquier oportunidad y circunstancia, puede atribuirse a la declaratoria formulada en el libro de anotación de salida de los expedientes, ni menos la constancia de la forma cómo se había decidido el caso, que no constituye otra que una formalidad, requerida para la mejor regulación de la marcha de la oficina y del trabajo del Magistrado, pero no una oposición del mismo capaz de vincularlo de manera definitiva e inmodificable a una tesis jurídica, que con posterioridad pudiera inhibir su inteligencia y su raciocinio para una decisión distinta, si del estudio operado en la Sala de Decisión con sus colegas, otros fundamentos u otras razones se encontraran para definir de conformidad con la ley, el caso contemplado.

Si pudiera darse a la constancia que motivó la recusación, por haber expresado el sentido del proyecto, el valor de una opinión emitida por un funcionario judicial jurisdiccionalmente y con alcance bastante para inhibirlo del conocimiento de un proceso que está sub-judice, se daría un significado excesivo y extraordinariamente nocivo también, a la causal contemplada en el numeral 4º del artículo 73 del Código Procesal Penal.

Distinto sería el caso que el Magistrado, particularmente o de manera extrajudicial, hubiese manifestado su parecer en el proceso, en forma que realmente vinculara su criterio a ese consejo u opinión así formulado, porque en tal caso su independencia y libertad de criterios quedarían constreñidos a la manifestación ya formulada y perdería el funcionario su libertad de acción y de concepto, que es lo que quiere la ley mantener inviolables para la perfecta y eficaz labor de administrar justicia.

Si fuera, ampliado el concepto de que la causal 4ª la constituye la manifestación de una opinión cuando quiera que un Magistrado o Juez elabora el proyecto de decisión correspondiente, se llegaría al absurdo de hacer operar esa causal de impedimento o recusación hasta límites inconvenientes, toda vez que cualquier opinión del funcionario, así fuera ella emitida como una simple certificación, sin comprometer su criterio y decidir en definitiva, que es el caso de autos, impondría la inhibitoria posterior del mismo Juez, paralizando, de esta suerte, la administración de justicia, que siempre se vería cohibida por un procedimiento que ni la ley crea, ni la propia razón justifica.

Distinto sería el caso de que la manifestación de la opinión o el concepto fueran hechos por el

mismo funcionario que después conoce del proceso en virtud de apelación o consulta en instancia distinta, por haber ascendido el Juez a un cargo de superior jerarquía en la rama jurisdiccional, cuestión ésta ya decidida por la Corte en varias oportunidades en el sentido de justificar en tales casos la causal de impedimento o recusación surgida del ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. (Véase entre otros fallos el del Tomo LX, números 2029-2031, página 259 de la Gaceta Judicial).

La Corte está acorde con el siguiente pasaje de la resolución recaída en este incidente y suscrita por la Sala Dual que conociera de él en el Tribunal respectivo.

“Su actuación (se refiere a la del Magistrado recusado), se ha ceñido en un todo a las normas que la ley le señala y a los deberes que le impone su condición de Magistrado que está conociendo como ponente de un negocio penal y como tal ha presentado o presentó un proyecto de resolución a la consideración del resto de los Magistrados de la Sala correspondiente, proyecto que se extravió o pereció junto con el negocio respectivo, sin que esto implique en manera alguna un prejuzgamiento de parte del ponente que lo inhiba para conocer ahora del negocio reconstruído. Si a tal extremo

se llegara, si se aceptara la tesis sostenida por el abogado recusante, el juzgamiento por los Tribunales de los asuntos de su competencia se enervaría hasta el punto de que bastaría que un proyecto no se aceptara para que por ese mismo hecho quedara el Magistrado ponente impedido para seguir conociendo del negocio respectivo, aun cuando en fuerza de las razones y argumentos expuestos por sus colegas de Sala estuviera dispuesto a modificar o cambiar la ponencia”.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes el auto de fecha trece de marzo del presente año, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio del cual declara no probada la recusación propuesta por el defensor de los sindicatos Inocencio y Rufino Lizarazo contra el Magistrado doctor Manuel S. Guzmán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Domingo Sarasty M. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. — Agustín Gómez Prada. — Angel Martín Vásquez. — Jesús Alfonso Roa, Secretario.**

## SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. — PRUEBA DE LA PRESANIDAD RESPECTO DE LESIONES INTERNAS. — DIFERENCIA ENTRE LA INDEMNIZACION DEBIDA POR UN PATRONO POR LA OCURRENCIA DE UN ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACION DEBIDA POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DELITOS O CULPAS. — CASOS EN QUE JUEGA LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD DEL ART. 2356 DEL CODIGO CIVIL

1.—Para que prospere la acción tendiente a obtener la reparación de perjuicios ocasionados por culpa extracontractual es necesario que en el proceso se hallen establecidos tres elementos indispensables: una culpa del demandado, un daño sufrido por el demandante y una relación de causalidad entre la culpa y el daño, de manera que se deduzca lógicamente e indiscutiblemente que el daño tuvo como causa el hecho culposo del demandado.

2.—La Corte no está de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado de que la prueba testimonial es inconducente para acreditar la presanidad de una persona respecto de lesiones internas, pues si los testigos no pueden técnicamente conceptuar sobre la absoluta presanidad interna, si pueden, según las apariencias visibles, dar testimonio de los hechos sujetos a la apreciación de los sentidos, o sea, afirmar que una persona, antes de un accidente, por sus manifestaciones exteriores, no estaba en condiciones de gravedad o de lesión que la imposibilitara para toda actividad.

Si el demandado estima que las lesiones provienen de causas anteriores, ha debido exhibir pruebas al respecto.

3.—Son dos cosas absolutamente diferentes la prestación de carácter social y establecida por leyes especiales, debida por el patrono a sus trabajadores en caso de accidentes de trabajo, y la indemnización de carácter civil que conforme a las disposiciones del Código Civil debe todo aquél que cause a otro un daño.

Mal puede, por tanto, como lo hace el Tribunal de primera instancia, deducirse presunciones de culpabilidad civil de disposi-

ciones que reglamentan lo relativo a accidentes de trabajo.

La indemnización de carácter civil es cosa que se rige por las disposiciones legales y reglas que regulan la obligación en que se encuentra quien ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro de resarcir ese daño (artículo 2341 del C. C.).

4.—El texto del artículo 2356 del Código Civil sólo permite presumir culpabilidad en casos de actividades especialmente peligrosas, de realización de actos que por sí mismos denoten un peligro. Esta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Corte al respecto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En el acto de la notificación personal, tanto el señor Fiscal 3º del Tribunal Superior de Bogotá, como el apoderado de la parte demandante, interpusieron recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte contra la sentencia del citado Tribunal, de fecha octubre quince de mil novecientos cuarenta y seis, proferida en el juicio ordinario seguido por Pedro Pablo Larrota y su esposa Concepción Parra de Larrota contra la Nación.

La parte resolutive de la referida sentencia es como sigue:

“En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil Plena, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

“1.—La Nación colombiana es responsable civil-

mente del daño causado a Pedro Pablo Larrota con el accidente de que el mismo Larrota fue víctima en la obra de construcción de "La Perdiz" ejecutada por la Sexta Brigada del Ejército Nacional en Florencia, el día quince de julio de mil novecientos cuarenta y tres;

"2.—Condénase a la misma Nación a pagar a los demandante Pedro Pablo Larrota y a su esposa Concepción Parra de Larrota una indemnización por los perjuicios materiales que se le han ocasionado por el hecho de que trata el punto precedente. Tales perjuicios se fijarán en incidente ulterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 553 del C. J., y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta sentencia;

"3.—Condénase a la Nación a pagar por concepto de daño moral subjetivo al demandante Pedro Pablo Larrota, la suma de mil pesos (\$ 1.000.00) moneda corriente;

"Absuélvase a la Nación de los demás cargos de la demanda.

"Publíquese, cópiese, notifíquese y consúltese con el superior esta providencia, si no fuere apelada".

### Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer en segunda instancia del proceso en cuestión, toda vez que, como aparece de autos, el recurso fue interpuesto en tiempo, y concedido en legal forma por el a quo. Por otra parte, la competencia de la Sala encuentra fundamento en que la sentencia que se va a revisar fue proferida por un Tribunal Superior en primera instancia, y aunque contra ella no hubiera sido interpuesto recurso alguno, siempre esta Sala habría debido actuar como juzgador de segundo grado, porque por disposición del artículo 508 del C. J., "las sentencias que declaren obligación a cargo del Estado, Departamentos o los Municipios, en primera instancia, deben ser consultadas con el superior".

De otro lado, no se trata propiamente de una responsabilidad originada en el incumplimiento de contrato, lo cual haría indispensable decidir si en tal supuesto se estaría ante un conflicto derivado directa o indirectamente de una relación convencional. Sería entonces preciso estudiar la competencia desde el punto de vista laboral.

Si a primera vista, el acto causante de perjuicios, se presenta como ejecutado en el desarrollo contractual, miradas las cosas desde otro plano, el

problema es distinto, ya que lo contractual no excluye siempre a lo extracontractual.

Ocurre con frecuencia que al lado de la conexión entre el contrato y el perjuicio se presenta una conexión que proviene de un hecho extraño al contrato mismo.

Según se verá más adelante se atribuye en este pleito al Capitán Hernández que como encargado de una construcción militar ordenó imprudentemente al señor Larrota que levantase una viga, lo cual, efectuado, causó daño al actor.

Como se observa, se imputa al Capitán una negligencia o descuido que no sólo pudiera concebirse dentro la relación contractual.

Por eso Larrota pudo muy bien prescindir de su condición de contratante para invocar su condición de particular al reclamar por el daño que le causó aquél a quien él creía deber obediencia, dadas las circunstancias.

La actuación del Capitán, haciendo abstracción del contrato, no genera responsabilidad contractual. Allí el contrato sólo proporcionó ocasión para el acto dañoso.

Por otra parte, Larrota era carpintero de la obra, por lo cual no se ve claro que su función fuese levantar vigas. En esas condiciones la orden del Capitán no aparece vinculada a la relación contractual.

Todo lo expuesto convence de que el caso encuadra dentro de la responsabilidad aquiliana.

### La demanda

En representación de Pedro Pablo Larrota y de su esposa, a virtud de poder que al efecto le fue conferido por ambos, el doctor Ernesto Hernstadt presentó ante el mencionado Tribunal Superior de Bogotá, un escrito de demanda el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, conforme a constancia que obra en el expediente.

Dijo el abogado en el libelo: "... Demando ante ese Tribunal a la Nación colombiana, representada en primera instancia por el señor Fiscal de esa Corporación, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se decrete lo siguiente:

"a) Que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden causados por culpa civil a los demandantes, con el accidente de que Pedro Pablo Larrota fue víctima en la obra de construcción de "La Perdiz" ejecutada por la Sexta Brigada del Ejército Nacional en Florencia, el día 15 de julio de 1943;

"b) Que en consecuencia, la Nación está obligada a pagar a los demandantes, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije judicialmente en la indemnización de perjuicios causados a los mismos demandantes en el accidente, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del accidente hasta el día del pago".

Expuso los hechos que a continuación se reproducen como basamento de las obligaciones cuya existencia solicita se declare:

"1.—El señor Pedro Pablo Larrota entró como trabajador de la construcción de la obra "La Perdiz" el 27 de octubre de 1942, al servicio de la Sexta Brigada del Ejército Nacional y trabajó como tal personalmente y bajo la continuada dependencia de esa Institución nacional.

"2.—El día 15 de julio de 1943 Larrota se encontraba trabajando en su condición de trabajador carpintero al servicio de esa misma entidad y en la misma obra.

"3.—El demandante recibió el día 15 de julio de 1943 orden militar del señor Capitán Rafael Hernández, de transportar una viga, a pesar de que Larrota antes se había negado a hacerlo por ser ella muy pesada.

"4.—Al intentar levantar esta viga, Larrota hizo un esfuerzo muy intenso y en consecuencia de éste sintió un dolor en la región lumbar.

"5.—El día 15 de julio de 1943 el señor Capitán Rafael Hernández fue encargado de la obra "La Perdiz" y por consiguiente inmediato superior del demandante.

"6.—El demandante Larrota inmediatamente se presentó a la enfermería del Batallón en donde duró ocho días aproximadamente; allí presentó fenómenos de mareo y vómito y el médico doctor Miguel A. Galán sospechó alguna ruptura de los ligamentos vertebrales o alguna subluxación de la columna vertebral, por lo cual consideró indispensable el examen radiológico y el envío de Larrota al hospital central.

"7.—En seguida Larrota entró al Hospital de Primavera el 26 de julio de 1943, donde no se siguió la sugerencia del doctor Galán; se hizo el diagnóstico "lumbago" y el demandante salió de ese hospital el 16 de octubre de 1943 "por solicitud propia"; esta solicitud se explica porque el enfermo se dio cuenta de que el tratamiento basado en el diagnóstico "lumbago" no dio resultado.

"8.—A fines de octubre de 1943 el demandante fue suspendido del trabajo por inhabilidad para el servicio.

"9.—Ingresó el 30 de junio de 1944 al Hospital

Militar Central, donde tampoco se obtuvo mejoramiento alguno; se le confeccionó un corset de cuero que usaba desde octubre de 1944 y mediante el cual se mantiene.

"10.—El valor de su último jornal devengado fue de un peso con setenta centavos (\$ 1.70) más el quince por ciento (15%) por concepto de prima de carestía.

"11.—Actualmente todavía sufre dolor persistente en las últimas vértebras lumbares, principalmente en 5. Se trata según el dictamen de la Junta Médica del Ministerio de Guerra, de enero 3 de 1945, acta número 10 de 1945, de una radiculitis lumbar de origen desconocido, probablemente traumático, rebelde a todo tratamiento y que le impide toda actividad de trabajo. Concluye la junta médica "que el ex-obrero Pedro Larrota, estando al servicio del Ejército, se le presentó después de un esfuerzo, una radiculitis de la región lumbar rebelde a todo tratamiento y que le determina inhabilidad relativa y permanente para el trabajo por la gran dificultad para moverse o hacer algún esfuerzo. 2.—Como las lesiones que presentan no tienen tratamiento alguno, puede dársele de baja del Hospital Militar Central".

"12.—Este concepto fue confirmado por el Consejo Médico (acta número 18 de 1945) con la siguiente adición: "Que la inhabilidad es absoluta y permanente tanto para el servicio activo en el Ejército como para sus actividades para la vida cívica".

"13.—Larrota quedó, pues, definitiva y completamente incapacitado para todo trabajo, y además con una deformación física gravísima que le impide sentarse, y que al levantarse le causa intensos dolores, de modo que prácticamente tiene que pasar el resto de su vida acostado.

"14.—El demandante Larrota recibió de la Nación (Ministerio de Guerra) la suma de mil doscientos veinticuatro pesos \$ 1.224.00 moneda legal, reconocida en aplicación de leyes de trabajo, por resolución número 4 de 1945 del señor Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra, pero no se le indemnizaron los perjuicios causados por la culpa civil de la Nación.

"15.—La señora Concepción Parra era y es esposa legítima de Pedro Larrota y vivió a costa de éste hasta que se incapacitara para todo trabajo por causa del accidente.

"16.—El demandante era antes del accidente una persona de perfecta capacidad trabajadora y de mucha fuerza física, y habría podido trabajar todavía por numerosos años y mantener a su señora.

"17.—En consecuencia del accidente los demandantes sufrieron graves perjuicios materiales y morales, muy superiores a la indemnización del accidente que recibió el marido.

"18.—Los perjuicios sufridos se deben a culpa civil de la Nación, o de sus representantes, o de sus dependientes, consistente principalmente en obligar a Pedro Pablo Larrota a ejecutar un trabajo excesivamente pesado y en no darle tratamiento oportuno y adecuado; esta culpa fue cometida por causa o con ocasión de la obra de construcción de "La Perdiz" y del tratamiento médico suministrado".

En derecho se apoyó el demandante en las siguientes normas legales: Título X del Libro Primero y Título XVIII del Libro Segundo del Código Judicial, para determinar la competencia del *a quo*, y en relación con la obligación de la indemnización "principalmente en las disposiciones sobre culpa contractual, sobre todo las contenidas en el Título 12 del Libro Cuarto del Código Civil, y eventualmente para el caso de que ese H. Tribunal califique la responsabilidad como extracontractual, en las disposiciones pertinentes del mismo Libro Cuarto, sobre todo su Título 34; en relación con *Concepción Parra de Larrota* invocó principalmente las disposiciones del Libro Cuarto del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual y en caso de que se califique como contractual la responsabilidad, me fundo eventualmente en las respectivas disposiciones legales, especialmente el Título 12 del Libro Cuarto del Código Civil; además invoco el inciso 5º del ordinal b) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Aclaro que no incio la acción especial encaminada a obtener la indemnización del accidente de trabajo de conformidad con la Ley 57 de 1915 y las posteriores que la adicionen y modifiquen, sino que persigo la indemnización completa de todos los perjuicios causados, mediante la acción civil de derecho común, de modo que no es aplicable la Ley 45 de 1939".

#### La argumentación del Tribunal

El *a quo* en los apartes principales de la sentencia que se revisa, se expresó como sigue:

"Sea lo primero, repetir para este fallo lo que ha dicho el Tribunal con relación a la competencia para conocer de juicios como éste, cuando a la acción ordinaria de perjuicios ha antecedido el trámite especial regulador de la indemnización administrativa por el simple accidente de trabajo. En el juicio seguido por Silvestre Acosta Gonzá-

lez contra la sociedad comercial "Hijos de Patrocinio Barragán" dijo la Corporación, reafirmando su ya reiterada jurisprudencia:

"A pesar de que la Ley 45 de 1939, artículo 1º, señaló un trámite especial para las controversias que se presenten por razón de la aplicación sobre **accidentes** de trabajo y otras prestaciones sociales, sin embargo, la doctrina de la Corte y la de este Tribunal han decidido en diferentes fallos que tal procedimiento especial no excluye ni se opone al ejercicio de la acción ordinaria de responsabilidad civil de derecho común, para obtener la reparación completa del perjuicio causado al trabajador o sus parientes, con motivo del accidente, consagrando así una especie de opción entre los dos procedimientos, antes de intentarse cualquiera de ellos, o una acción ordinaria de carácter complementario, cuando la acción especial derivada del accidente de trabajo se ha deducido ya por el procedimiento especial de la Ley 45 de 1939. Así, pues, el Tribunal tiene competencia plena para revisar las sentencias en cuanto a la acción ordinaria de responsabilidad civil derivada del accidente de trabajo que le sirve de fundamento en la presente controversia y debe hacerlo con arreglo a la doctrina del artículo 471 del C. J."

"Que las obligaciones, nacen, entre otras fuentes, de los delitos, cuasi-delitos o culpas, es punto no sujeto a discusión; el contenido del artículo 2341 evidencia este postulado, cuando dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

"Todo acto u omisión que consume la violación de un derecho o impida el cumplimiento de un deber, tengan esas relaciones jurídicas, nacimiento en la voluntad, ya en la propia ley, es hecho ilícito y quien lo ejecute debe responder de sus consecuencias, porque todo derecho personal, por razón de un acto de tales consecuencias, se traduce en una obligación o carga para el deudor y en un crédito o derecho para el acreedor, que puede hacerse efectivo, mediante la acción de responsabilidad; y debe condenársele, siempre que al elemento material u objetivo constitutivo del acto, se junte el inmaterial o subjetivo, que es el que dice relación al ánimo o conducta del agente con el daño que vino a producirse. Acto ejecutado dentro de esta vinculación es no sólo acto injusto sino que puede ser culposo o doloso, y en uno y otro caso de vida para el ofendido el derecho de ser resarcido o lo que es lo mismo, surge como consecuen-

via a la vida del derecho, la figura jurídica de la responsabilidad en contra y con imputación al actor del hecho consumado. Si se ha dado vida al hecho con intención de dañar, se ha consumado un acto doloso; si por el contrario, no existió la intención dolosa, tendremos lo que la ley considera como simple derivado de la culpa.

“En el hecho culposo no es la voluntad de dañar lo que da origen a la obligación de responder. En estos casos responde el agente por no haber desplegado mayor cuidado, mayor diligencia, por no haber previsto consecuencias probables o posibles; en la falta de cuidado, de previsión, de diligencia en sus distintas formas objetivables o subjetivas, radica la ley, la razón de la culpa, y esas faltas pueden producirse con ocasión de actos directos o indirectos, propios o ajenos, o con la no ejecución de ellos”.

Se detiene en seguida el Tribunal a estudiar la cuestión de si la responsabilidad por culpa “puede legalmente predicarse de las entidades o personas jurídicas de derecho público con ocasión de hechos dañosos que causen perjuicios a terceros y que sean imputables o cargables a actividades de empleados o agentes de la respectiva entidad”, y luego, después de haber concluido, especialmente con base en lo dicho por esta Corte en repetidas ocasiones, entré otras en la providencia que corre publicada en el Tomo 48 de la *Gaceta Judicial*, número 1.950, página 456, cuyo texto reproduce en lo pertinente el **a quo**, que es “incuestionable en derecho y en doctrina que las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por los actos de sus agentes o empleados”, prosigue así:

“Procediendo al estudio de la acción, se hace necesario evidenciar si en el caso se halla establecida la existencia del perjuicio en sí mismo, la culpa del demandado y la relación de causalidad entre la culpa y el daño; advirtiendo que el Código Civil, en los artículos 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por culpa extracontractual, los casos en que una persona se obliga por los actos culpables de otras y como se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia, negligencia o imprudencia del agente. Y son estas las disposiciones que se aplican a las entidades de derecho público en los casos de daños causados por sus funcionarios”.

Inmediatamente después en el capítulo denominado “El daño o perjuicio”, hace el Tribunal un estudio detenido de las declaraciones y demás elementos probatorios existentes en el proceso, para concluir que se halla acreditado en autos con esos

elementos que el demandante “el día quince de octubre del año de 1943 estando al servicio de la Nación como obrero carpintero, dependiente de la Sexta Brigada del Ejército acantonada en Florencia trabajando en la obra denominada “La Perdiz” se vio obligado, obedeciendo órdenes de su inmediato superior —un oficial del ejército autorizado para impartirlas— a tratar de transportar una viga pesada de un lugar a otro, resultando que a virtud del esfuerzo realizado quedó inutilizado de por vida por haberle sorprendido inmediatamente en ese mismo instante, una lesión orgánica, **radiculitis**, calificada de grave e incurable por los médicos al servicio del ejército”.

Más adelante el **a quo** argumenta así: “conforme al texto de los artículos 2º y 3º de la Ley 57 de 1915, el patrono **no responde** absolutamente de accidentes causados por culpa del obrero, por fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, por imprudencia o descuidos del operario, por ataque súbito de enfermedad y por violación de los reglamentos de la empresa o fábrica, y, en general, por todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas y en que resulte culpable el trabajador. De donde se sigue que la **culpa probada** del trabajador, en cualquier acto u omisión que consista, exonera de responsabilidad civil al patrono o empresa, al par que la fuerza mayor extraña al trabajo y que, **a contrario sensu**, el patrono responde civilmente si no acredita alguna de las precitadas causales de exoneración. Y bien se sabe, de otra parte, que el artículo 2356 del Código Civil permite deducir una presunción de responsabilidad civil a cargo del patrono o empresa, de suerte que al damnificado la basta con probar **el daño** y la relación de causalidad entre éste y el hecho que le dio vida, para arrojar sobre el patrono o empresa la carga de la prueba respecto a la causal de exoneración que alega.

“Ahora bien, la entidad demandada no alega en su defensa la “ausencia de culpa” de su parte, ni los elementos informativos del proceso permiten decidir que en el accidente que sirve de fundamento al pleito que se estudia, estuviera ausente toda falta de organización, de vigilancia, de cuidado y de previsión por parte de la entidad demandada.

“La relación entre la culpa y el daño, no es menos evidente; se impone ante la manera como se sucedieron los hechos, ya que si no hubiese mediado la orden imprudente dada por el Capitán Hernández, el obrero que resultó lesionado no habría intentado levantar la viga. En otros términos,

no habría sucedido o no habría tenido lugar el esfuerzo o acto físico que ejecutó Larrota y que fue generador del daño si la orden de levantar la viga no hubiese sido dada por el superior del obrero que trabajaba al servicio del gobierno y que fatalmente tenía que obedecer al oficial”.

En cuanto a los perjuicios que el Tribunal estimó causados, dijo que la condenación debía hacerse en abstracto para que luégo en el incidente de que trata el artículo 553 del C. J. se fijara su monto teniendo en cuenta para ello las bases que se dan en la parte motiva de la sentencia, “con el bien entendido, de que a la señora demandante se le deben computar perjuicios por separado si llega a establecerse que según cómputo de su edad probable va a sobrevivir a su marido en razón de que éste, por causa directa de la lesión recibida, está destinado a fallecer prematuramente, es decir, dejando viuda a su esposa”, pero es lo cierto que en la providencia que se revisa no existe base alguna para hacer esa regulación, o, dicho de otra manera, no se expresa qué elementos deberán tomarse en cuenta para hacer la estimación de esos perjuicios.

Dijo igualmente el mismo Tribunal que el daño moral subjetivo, que en la parte resolutive fijó en la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) “únicamente es evidente en relación con el demandante Pedro Pablo Larrota por la depresión moral a que quedó sujeto de por vida a causa de la lesión que sufrió en el accidente”.

#### El alegato del Procurador Delegado

Durante la primera instancia el Fiscal del Tribunal no presentó en defensa de los intereses de la Nación, parte demandada en el juicio, alegato alguno.

Por el contrario, el señor Procurador Delegado en lo Civil, solicita en esta segunda instancia, se revoque la sentencia apelada y consultada, exponiendo en un extenso escrito presentado durante el término que el artículo 759 otorga a las partes para que presenten sus alegatos, los argumentos que en su sentir militan para fundar esa solicitud.

Dice este otras cosas el señor Agente del Ministerio Público ante la Corte: “La parte actora demanda en el presente negocio la indemnización de perjuicios que, por responsabilidad extracontractual, según se alega le causó la Nación con motivo del citado accidente. Para que esta clase de acciones pueda prosperar es necesario establecer tres elementos indispensables: una culpa del demandado,

un daño sufrido por el demandante y una íntima relación de causa a efecto entre aquella culpa y ese daño. Por tanto, considera este Despacho que en el caso de autos es necesario hacer un estudio de los tres elementos antes citados para establecer la responsabilidad que pudiera caberle a la Nación por los cargos formulados en la demanda.

“La culpa. Se imputa a la Nación en este litigio por ser ella responsable de la conducta y actividad de sus propios funcionarios, esto es, que la responsabilidad de la Nación depende de la culpa en que hubiere podido incurrir el Capitán Rafael Hernández al ordenar al señor Pedro Pablo Larrota ejecutar un trabajo excesivamente pesado, en cumplimiento del cual sufrió la lesión a que el informativo se refiere”.

En seguida se ocupa la Procuraduría de lo dicho por el Tribunal de Bogotá acerca de la aplicabilidad al caso **sub examine** de las disposiciones de la Ley 57 de 1915 y del artículo 2356 del C. C., y a continuación agrega: “La Procuraduría estima que, para el caso de estudio, no son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 57 de 1915 a que se refiere el H. Tribunal, porque en la reclamación del señor Larrota no se trata de una acción **especial** dirigida a obtener la indemnización correspondiente a un **accidente de trabajo** y sometida, por tanto, a normas especiales como las consagradas en la Ley 57 citada. Se trata, simplemente, de una acción **ordinaria** sometida a las normas del derecho común (Título 34, Libro 4º del C. C.).

“Por otra parte, estima este despacho —continúa el señor Procurador— que para el caso de autos no es aplicable el artículo 2356 del Código Civil. La reiterada jurisprudencia de esa H. Corte considera que el artículo antes citado establece una presunción de responsabilidad contra la persona que, en ejercicio de una actividad **especialmente peligrosa**, causa un perjuicio a otra. Son hechos que por sí mismos denotan la culpabilidad de quien los realiza. Así, por ejemplo, las actividades relacionadas con la aviación, vehículos automotores, etc., llevan en sí un peligro inherente a su naturaleza en forma que, en tales casos, la sola existencia del hecho perjudicial es suficiente para hacer presumir que hubo culpa del demandado.

“Pero en el caso de estudio, como fácilmente puede establecerse en los autos, no se trataba de realizar actividades de carácter peligroso por parte de los agentes del gobierno y a consecuencia de las cuales se hubiera producido el accidente de que fue víctima Larrota. Se trataba, simplemente, de la construcción de un cuartel, obra en la cual pres-

aba sus servicios como obrero, entre otros, el señor Larrota. El accidente se produjo —según alega el demandante— cuando el Capitán Hernández le ordenó que transportara una viga de un peso excesivo. De manera que en el presente juicio no cabe la presunción de culpa a que se refiere el artículo 2356 del Código Civil y por ello, en concepto de la Procuraduría, es errada la interpretación que el H. Tribunal ha dado a esta disposición en el fallo recurrido.

“Ahora bien: si por la naturaleza y las circunstancias en que se realizó el hecho que denuncia el demandante, no es posible presumir en culpa a la Nación, la víctima deberá probar la culpa en que hubiera podido incurrir la parte demandada.

“Como anteriormente se dijo, el hecho culposo que se imputa al Capitán Hernández es el de haber ordenado a Larrota que transportara la viga, a pesar de haberse negado éste a obedecerle por considerar que el peso era excesivo. A este respecto, estima la Procuraduría que es necesario estudiar detenidamente la naturaleza del trabajo ejecutado por el señor Larrota en la construcción de la obra referida y en desarrollo de la cual se produjo el accidente. Según aparece de las declaraciones rendidas por algunos compañeros de Larrota, el oficio en cuestión consistía en transportar una viga destinada a la construcción del cuartel. Si en realidad el Capitán Hernández dio orden a Larrota de transportar la viga, no puede inferirse de ello, como lo pretende el demandante, que el mencionado oficial hubiera incurrido en culpa que pudiera acarrearle responsabilidad a la Nación. En primer lugar, porque al impartir el oficial la orden no procedía en forma imprudente o temeraria ya que se trataba de ejecutar un trabajo que por su misma naturaleza no entrañaba peligro alguno para los obreros. La movilización de la viga era, simplemente, uno de los trabajos que debían realizar los obreros en la referida construcción en cumplimiento de una orden que cualquier hombre prudente y precavido hubiera podido dar sin sospechar siquiera que pudiera inferirse daño alguno a quien ejecutara esa clase de trabajo. Por otra parte, consta en los autos que la viga fue movilizada por Pedro Pablo Larrota y Epifanio Obregón sin que este último hubiera sufrido lesión alguna, lo cual demuestra en forma evidente que la orden dada por Hernández no implicaba la ejecución de un trabajo peligroso y excepcionalmente forzado capaz de producir, fatalmente, al ejecutarlo, una lesión de la gravedad de la que dice haber sufrido Larrota. Además, en el hecho tercero de la demanda se dice que Larrota recibió la orden de transportar la viga y que éste

se negó a hacerlo porque se trataba de un peso excesivo, superior a sus fuerzas. Pero es lo cierto, según se desprende de las declaraciones rendidas por los obreros Heriberto Torres y Francisco Rincón, que el Capitán Hernández no dio la referida orden únicamente al trabajador Larrota, sino también a Epifanio Obregón para que ellos dos movilizaran la viga (fls. 11 y siguientes, c. 2). Quiere esto decir que, si en verdad se trataba de movilizar una viga un tanto pesada, al impartir la orden el Capitán Hernández no solamente no obró imprudentemente, sino que tuvo el cuidado y la previsión de designar a dos trabajadores —Larrota y Obregón— para ejecutar ese trabajo, actitud que pone de presente la falta de culpa”.

Añade el mismo funcionario que bien pudo suceder que el demandante hubiera sufrido la lesión por la cual demanda perjuicios, en trabajo anterior y distinto del ordenado por el Capitán Hernández, y que la negativa dada en un principio a la orden de éste fuera debida a que ya estaba imposibilitado para realizar ese trabajo. “En tal supuesto —dice textualmente— el Capitán Hernández no tenía dato alguno que le permitiera saber que el obrero Larrota se hallaba en malas condiciones físicas para ejecutar el trabajo, y en consecuencia, no obró tampoco en forma imprudente al ordenar la movilización de la viga”.

Más adelante insiste el señor Procurador Delegado en lo Civil, que aunque de autos aparece debidamente comprobado que Larrota sufrió una lesión en la columna vertebral que lo incapacitó para el trabajo y a consecuencia de la cual ha recibido perjuicios, lesión que según el dictamen rendido por los médicos del Hospital Militar que atendieron al obrero, se le presentó a éste después de un esfuerzo, y la que consiste en una radiculitis de la región lumbar, “no quiere esto decir, como puede establecerse con el estudio detenido de los autos, que el esfuerzo hecho por el trabajador a que se refieren los médicos y a consecuencia del cual se le presentó la radiculitis fuera precisamente el ejecutado por Larrota al levantar la viga en cumplimiento de la orden dada por el Capitán Hernández. Existe, pues, un daño, pero no está probado que se causara por el hecho culposo que se imputa a la Nación”.

Ataca luego el mismo Agente del Ministerio Público la prueba testimonial como conducente para acreditar la presunción de Larrota en cuanto se refiere a la lesión que le ocasionó perjuicios.

Se expresa así el señor Procurador: “A juicio de este despacho, es inaceptable la prueba testimonial traída por el demandante para acreditar la presu-

idad del obrero Larrota. Si se tiene en cuenta la naturaleza de la lesión sufrida por Larrota —lesión de la columna vertebral— debe concluirse, lógicamente, que el buen estado de salud del obrero al momento de movilizar la viga, no podía establecerse, fácilmente, por percepción de testigos. Como se ha dicho, bien hubiera podido sufrir el obrero esa lesión con anterioridad a la orden impartida por el Capitán y que por esta razón, Larrota se hubiera negado a ejecutar el trabajo ordenado. En tales condiciones, no sería verídica la afirmación de Torres y Martínez en el sentido de que al levantar la viga Larrota “se hallaba en estado físicamente íntegro y perfectamente normal”. A estos testigos podría constarles a lo sumo, que Larrota se encontraba **aparentemente** en buen estado de salud, pero no que gozaba de perfecta salud como lo afirman teóricamente, porque como es obvio, si se trataba de una lesión de carácter interno los declarantes no podían saber en qué momento se produjo para determinar, con certeza, el estado de salud de la víctima en un momento dado.

‘Es claro —continúa dicho funcionario— que la presanidad de un individuo podría acreditarse con la prueba testimonial pero en casos enteramente diferentes al que es estudiado en el presente negocio. Sería fácil establecer con declaraciones, por ejemplo, el buen estado de salud de quienes en un accidente han sufrido lesiones externas, porque en este caso los testigos presenciales no encontrarían dificultad en apreciarlas como producidas precisamente en ese accidente, con anterioridad al cual tales personas gozaban de completo estado de salud. Pero en el caso de estudio, como se deja dicho, era imposible para los declarantes Martínez y Torres hacer una afirmación categórica sobre la presanidad de Larrota como la que dejan consignada en sus exposiciones. La prueba indicada habría sido, en este caso, la pericial, o la presentación de documentos que acreditaran la sanidad y capacidad para el trabajo antes del accidente. En tales circunstancias, es claro que la relación de causalidad entre la culpa que se imputa al Capitán Hernández, al dar la orden, y el daño sufrido por el demandante se rompe completamente. Por consiguiente, la parte actora tampoco ha demostrado plenamente el tercer elemento de la acción, esto es, la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño. A tal parte correspondía esa demostración y no habiéndola suministrado, su acción no puede prosperar”.

Conceptúa, por último, la Procuraduría que, a pesar de que, como consta en autos, a favor del demandante reconoció el Departamento Jurídico

del Ministerio de Guerra por medio de Resolución No. 4 de 22 de marzo de 1945, la suma de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$ 1,224.00) por concepto de indemnización por accidente de trabajo que sufrió siendo obrero de la Sexta Brigada, sin embargo la acción ordinaria es siempre viable, pero, caso de que esta acción prospere, la Sala deberá entonces ordenar en la sentencia que se deduzca dicha suma del valor total de la indemnización.

#### ‘La argumentación de la parte demandante

El cabal estudio de la cuestión exige el conocimiento de los argumentos aducidos por las dos partes litigantes. Por eso, a continuación se reproducen los expuestos por la parte actora.

Se dice así en el alegato presentado ante la Corte por el doctor Ernesto Herznstadt: “El H. Tribunal a quo, en sentencia excelentemente fundamentada, reconoce:

“a) La existencia del perjuicio consistente en la inhabilitación de por vida del demandante Pedro Pablo Larrota:

“b) La culpa de la Nación, cometida por conducto del Capitán del Ejército señor Rafael Hernández, quien “en ejercicio de su autoridad y mando sobre el obrero ordenó a éste, imprudentemente, el traslado de la viga de un lugar a otro...”, y

“c) La relación entre la culpa y el daño.

“Estas conclusiones del H. Tribunal —continúa el mismo abogado— están fundadas en pruebas incontrovertibles. Me refiero a este respecto a mi alegato de primera instancia (c. 1, fl. 32 y sigts.).

“El señor Procurador de la Nación no pudo quebrantar este haz probatorio. Al contrario, el doctor Miguel A. Galán, testigo de la parte demandada, declaró con toda claridad y por dos veces, que la naturaleza misma de la lesión del señor Larrota indicaba que ella “debió obedecer a un gran esfuerzo hecho”. Es evidente que el testigo, que era en ese tiempo médico oficial en Florencia, no presencié el accidente, pero confirma indirectamente las declaraciones de los demás testigos, en cuanto expresa que el señor Larrota le comunicó inmediatamente como causa del accidente el ensayo de levantar una viga enterrada”.

Pide luego que se revoque la sentencia del Tribunal a quo en aquella parte en que señaló la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00), como valor de la indemnización debida por los perjuicios morales subjetivos sufridos por el demandante, y que en su lugar por la Corte se condene a la Nación a pagar por este concepto la suma de dos mil pesos

\$ 2.000.00), a cada uno de los demandantes, y en apoyo de su solicitud raciocina como a continuación se transcribe:

“En el caso **sub judice** se trata de perjuicios morales de especial gravedad; por culpa de la parte demandada, el señor Larrota sufre, como consecuencia del accidente, de inhabilidad vitalicia y s inútil no solamente para todo trabajo, sino que también está obligado a llevar una vida sumamente fastidiosa, pues sólo puede mantenerse o a pie sic) o acostado, porque su lesión le impide sentarse y casi no puede moverse. No se puede negar que se trata de un caso excepcional y el dolor moral causado por esta situación merece una indemnización superior a la reconocida por el Honorable Tribunal.

“Conforme a reiterada y permanente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, también hay lugar a la indemnización de los perjuicios morales subjetivos causados a los allegados del originalmente perjudicado, teniendo en cuenta los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas. Es evidente el profundo daño moral que fue causado a la esposa, en 1943 todavía bastante joven, del accidentado, quien ya no puede atenderla en la manera acostumbrada y de quien ella tiene que cuidar permanentemente y en forma poco agradable. Es innegable que así se ha enristecido su vida y deprimido su espíritu, y que se ha afectado el sentimiento del amor marital”.

Y un poco más adelante: “Los perjuicios morales subjetivos, que consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas, se aprecian desde el punto de vista psíquico y su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple, fundada en los vínculos familiares, acreditados plenamente (G. J. 2040-2041, pág. 569). Está probado el matrimonio legítimo de Concepción Parra con Pedro Pablo Larrota mediante la partida correspondiente (c. 1, fl. 23), y por consiguiente, debe presumirse el perjuicio moral subjetivo de la señora mencionada”.

De otro lado, los siguientes fueron los argumentos de la misma parte demandante en el alegato de conclusión de la primera instancia:

“**Hecho culposo y perjuicio.** Está demostrado mediante las declaraciones concordantes de tres testigos hábiles y certificados y antecedentes oficiales:

“a) Que el superior de Larrota señor Capitán Hernández, le obligó, a pesar de advertencia expresa, a cargar una viga de peso excesivo;

“b) Que esta orden causó perjuicios a Larrota

(la inhabilidad para el trabajo) y a su legítima esposa Concepción Parra de Larrota (la invalidez de su marido y la pérdida de los medios de subsistencia que antes le había suministrado Larrota);

“c) Que existe relación de causalidad entre el hecho culposo y los perjuicios, pues que inmediatamente después del esfuerzo, Larrota se presentó al médico oficial y que desde el día del accidente perdió su capacidad de trabajo que antes era muy buena; además, los mismos médicos oficiales reconocieron que la enfermedad es consecuencia del esfuerzo demasiado grande, tantas veces mencionado.

“Además la Nación estaba obligada, contractual y legalmente (Ley 57 de 1915), a dar tratamiento adecuado a Larrota; esta obligación fue violada, pues el médico del Hospital de Primavera se equivocó seriamente en su diagnóstico, lo que pudo agravar las consecuencias del accidente.

“**Perjuicios contractuales.** Larrota era trabajador de la Nación, ocupado a base de un contrato de trabajo. En el momento del accidente todavía no estaba en vigencia la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 26 establece un régimen especial para los empleados y obreros del ramo de Guerra.

“La Nación, por medio de su agente, el encargado de la obra, señor Capitán Hernández, violó este contrato exigiendo a Larrota un esfuerzo demasiado grande, a pesar de una advertencia recibida antes. Corresponde al patrono procurar al trabajador elementos y condiciones adecuados de protección contra los accidentes, como hoy lo expresa el artículo 26 del decreto 2127 de 1945 (ordinal 2º), pero aún antes la misma obligación incumbió al patrono como resultante de la naturaleza del contrato de trabajo y como consecuencia de la Ley 57 de 1915, especialmente de su artículo 2º.

“En consecuencia del accidente el contrato fue resuelto por la Nación, lo que aceptó Larrota, y éste puede pedir la indemnización de perjuicios de conformidad con el artículo 1546 del C. C. Están cumplidas las condiciones correspondientes (véase G. J., No. 2017, pág. 581):

“a) Existió una obligación a cargo de la Nación, o sea de proteger al trabajador contra accidentes evitables.

“b) Esta obligación fue violada por la índole del trabajo, que tuvo que ejecutar Larrota, y especialmente por la orden del superior, por medio de la cual éste le obligó expresamente a cargar la viga, a pesar de su excesivo peso. Pero aún sin esta prueba, la culpa de la Nación debe presumirse, una vez probado el incumplimiento del contra-

to (Germán Orozco Ochoa, Jurisprudencia de la Corte, Tomo II, pág. 532, No. 1973).

"c) Esta violación del contrato causó un perjuicio a Larrota, y

"d) Está probada la relación de causalidad entre la violación del contrato y el perjuicio".

.. "Responsabilidad extracontractual. La H. Corte, —continúa el mismo apoderado de los demandantes— considera que la existencia de un contrato de trabajo no se opone a indemnización de perjuicios extracontractuales, "pues lo contractual no excluye lo cuasi-delictual o la culpa meramente civil" (G. J. 2017, pág. 748); en el mismo auto se expone que no puede haber diferencia jurídica entre el trabajador de la Nación y un tercero no ligado con ella por vínculo contractual alguno, respecto a la indemnización de perjuicios. Parece insinuar la H. Corte que el trabajador, a pesar de la existencia de un contrato de trabajo, puede en todo caso fundamentar su demanda en culpa aquiliana del patrono, pues basándose en culpa contractual, perdería el derecho a la indemnización de los perjuicios morales (G. J. 2017, pág. 611). Partiendo de esta base, se justifica la condena por culpa extracontractual, a pesar de la existencia de un contrato.

"Pues está probado el hecho culposo, o sea la orden del superior tantas veces mencionado; quedaron demostrados los perjuicios tanto de Pedro Pablo Larrota como de su señora Concepción Parra de Larrota, y existe el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio, pues se comprobó que sin la orden Larrota no habría levantado la viga y que este esfuerzo le causó la incapacidad para trabajar.

"La Nación responde del hecho del Capitán Hernández, pues siempre actúa por intermedio de personas naturales —agentes o representantes— que la comprometen en los beneficios y en las responsabilidades como lo ha expresado muchas veces la Corte.

"Esta responsabilidad se justifica según el artículo 2341 del C. C., y eventualmente también el artículo 2347 de la misma obra.

"Estando demostrado que existe un daño, el valor de la indemnización de los perjuicios materiales y morales objetivados todavía no puede establecerse, de modo que será el caso de condenar en abstracto. Sin embargo, ya pueden fijarse las indemnizaciones de los perjuicios morales.

"En consecuencia de lo expuesto, es preciso condenar a la Nación al pago de perjuicios morales, que en vista de la gravedad del estado de Larrota, tendrán que ser fijados en el máximo legalmen-

te admitido, y materiales y morales objetivados que podrán ser reconocidos en abstracto".

### El acervo probatorio

Las pruebas aducidas al proceso por una y otra parte a lo largo de las dos instancias, en las oportunidades procesales, son algunos documentos y declaraciones de testigos.

Con la demanda el apoderado de los esposos Larrota presentó: copia del certificado médico de abril 20 de 1944, expedido por la Sanidad Militar de Primavera, de marzo 19 de 1944; copia del parte No. 126 de la Sexta Brigada, Sección Construcciones y vías, de junio 28 de 1944; copia del Acta del Consejo Médico No. 318 de 1945; copia de Acta de Junta Médica No. 10 de 1945; certificado de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Guerra de agosto 13 de 1945; copia de las diligencias que se levantaron con ocasión del accidente ocurrido a Larrota; certificado del Comando de la Sexta Brigada de agosto de 1945, relativo al señor Capitán Rafael Hernández; copia de la Resolución No. 1278 de 1944 del Ministerio de Guerra; copia de la Resolución No. 4 de 1945 del mismo Ministerio; y, por último, declaraciones extrajuicio de los señores Heriberto Torres M. y Francisco Rincón; partida de bautismo de Pedro Pablo Larrota, lo mismo que declaraciones extrajuicio sobre nacimiento de Concepción Parra de Larrota y partida de matrimonio de los demandantes.

Durante el término probatorio de la primera instancia, se allegó por el apoderado de los demandantes un certificado expedido por el señor Cura Párroco de Pitalito en que consta que no se encontraron en los archivos parroquiales la partida de bautismo de Concepción Parra; y a solicitud de la misma parte, se practicaron las siguientes pruebas: se ordenó que los testigos Heriberto Torres N. y Francisco Rincón ratificaran sus declaraciones extrajuicio y las ampliaran en algunos puntos; se allegó copia auténtica de la Resolución No. 4 de 22 de marzo de 1945 del Ministerio de Guerra y se recibió asimismo declaración al testigo Santiago Martínez.

En la primera instancia la parte demandada no adujo prueba alguna.

Durante esta segunda instancia produjeron pruebas ambas partes así: a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil se trajo a los autos copia auténtica de la Resolución del Ministerio de Guerra No. 1612 de 10 de noviembre de 1944, junto con la certificación correspondiente de haberse pa-

gado a Pedro Pablo Larrota la cantidad de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$1.224.00), cantidad que le fue reconocida por medio de Resolución No. 393 de 25 de junio de 1945 del Departamento Nacional del Trabajo, la que confirmó la expedida bajo el No. 4 por el Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra, con fecha marzo 22 del mismo año, y por último, se recibió la declaración del doctor Miguel A. Galán.

### Estudio de la Corte

Con los anteriores elementos entra la Corte a hacer el estudio de la cuestión a ella sometida.

Como acertadamente lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil en el alegato de que se ha hecho mención, para que prospere la acción tendiente a obtener la reparación de perjuicios ocasionados por culpa extracontractual es necesario que en el proceso se hallen establecidos tres elementos indispensables: una culpa del demandado, un daño sufrido por el demandante, y una relación de causalidad entre la culpa y el daño, de manera que se deduzca lógicamente e indiscutiblemente también, que el daño tuvo como causa el hecho culposo del demandado.

Ahora bien: que el demandante Larrota sufrió un daño, es cosa que se halla establecida suficientemente en autos por medio de numerosos documentos, y es un hecho que el mismo representante de la Nación en esta segunda instancia reconoce como cierto.

Según se deja transcrito, en el aparte de su alegato denominado "el daño" se expresa así el Agente del Ministerio Público ante la Corte, en relación con la existencia del daño y de los perjuicios sufridos por Larrota: "De acuerdo con los elementos que obran en los autos, es evidente que el señor Pedro Pablo Larrota sufrió una lesión en la columna vertebral que lo incapacitó para el trabajo y a consecuencia de la cual ha recibido perjuicios. Así se deduce de los dictámenes rendidos por los médicos del Hospital Militar que atendieron al obrero".

Y en efecto: a fls. 5 del cuaderno principal obra copia auténtica, acompañada a la demanda, del Acta de Junta Médica No. 10 de 1945, verificada el día 3 de enero del año dicho, en el Hospital Militar Central, "con el fin de conceptuar sobre el estado de aptitud física en relación con el servicio" del ex-obrero Pedro Pablo Larrota de la Sexta Brigada.

En dicha acta se leen las siguientes conclusiones:

"1.—Que el ex-obrero Pedro Larrota, estando al servicio del Ejército, se le presentó después de un esfuerzo, una radiculitis de la región lumbar rebelde a todo tratamiento y que le determina inhabilidad relativa y permanente para el trabajo por la gran dificultad para moverse o hacer cualquier esfuerzo. 2.—Como las lesiones que presenta no tienen tratamiento alguno, puede dársele de baja del Hospital Militar Central".

Se halla, pues, demostrada plenamente la existencia de un daño sufrido por Larrota, y a causa del cual se le ocasionaron perjuicios.

A continuación corresponde examinar lo relativo a la culpa por parte de la Nación, por intermedio de un agente suyo.

Se afirma al respecto por el demandante que la Nación es responsable por cuanto el Capitán Hernández obró de manera imprudente al ordenar a Larrota que levantara y transportara una viga de excesivo peso.

Conforme se deja dicho, el Tribunal a quo funda su afirmación de la responsabilidad de la Nación por el hecho culposo de un agente suyo, en los siguientes elementos probatorios principalmente: El acta visible a fls. 5 del cuaderno principal, atrás citada en parte, y en la cual se lee: "El 15 de julio de 1943, al hacer un gran esfuerzo para levantar una viga sintió un gran dolor en la región lumbar, que fue tratado en la enfermería de Florencia diez (10) días, y de allí pasó al Hospital La Primavera en donde permaneció alrededor de tres meses en tratamiento pero sin mayor éxito. Aun cuando a la salida del citado Hospital había disminuido la intensidad del dolor, siguió imposibilitado para el trabajo, pues cuando intenta agacharse o hace algún ejercicio, experimenta dolor punjitivo en dicha región. En tal estado ingresó al Hospital Militar Central el 30 de junio de 1944, en donde anémico y enflaquecido, pasó al servicio de ortopedia para estudio y diagnóstico. Se le trató su estado general con reconstituyentes y extracto hepático y se le sometió primero a quietud rigurosa; como el dolor se definiera sobre las tres últimas vértebras lumbares, se practicaron radios-copias con resultado negativo. Al levantarse se intensifica el dolor mientras que la quietud le calma el dolor casi por completo. Se confeccionó un corset de cuero que usa desde octubre de 1944, habiendo experimentado con él ligera mejoría. Estado actual: Dolor persistente pero no muy intenso en las tres últimas vértebras lumbares principalmente en la quinta. No existen perturbaciones esfinterianas. Se trata de una radiculitis de la región lumbar de origen

desconocido, probablemente traumática, rebelde a todo tratamiento y que le impide toda actividad de trabajo....”.

2.—La aclaración que de las conclusiones del acta anterior, las que se transcribieron ya en el cuerpo de esta providencia, hizo la Dirección General de Sanidad Militar (fls. 6, cuaderno principal), y que dice así: “Ministerio de Guerra.—Dirección General de Sanidad Militar.—Sección 2 Médica... En el consultorio central de la sanidad militar, nos reunimos los suscritos médicos militares con el fin anotado antes y procedimos primero al reconocimiento de los documentos sanitarios relacionados con el caso del obrero Pedro Larrota, quien luego fue examinado por nosotros detenidamente. Del estudio de los antecedentes sanitarios, manifestamos: Estamos de acuerdo en todas sus partes con los conceptos emitidos por la Junta Médica que levantó el acta médica No. 10 de 3 de enero de 1945, y la aprobamos en todas sus partes. A las conclusiones de la referida acta agregamos: 1.—Que la inhabilidad es absoluta y permanente tanto para el servicio activo en el Ejército, como para sus actividades para la vida civil. (fdo.) doctor Carlos J. Pardo González, Médico Jefe Secc: 2 Sanidad; (fdo.) doctor E. Pinzón Neira, Sub-director General de Sanidad Militar; (fdo.) Roberto Gómez Parra, Director General Hospital Militar.—Aprobado: (fdo.) doctor Víctor E. Rodríguez Acosta, Director General Sanidad Militar.—(Hay dos sellos que dicen: Ministerio de Guerra Dirección Sanidad Militar, Jefatura)”.

3.—Las declaraciones de los testigos Heriberto Torres, Francisco Rincón y Santiago Martínez, quienes describen los hechos así:

Heriberto Torres: “Es un hecho evidente y cierto que el día quince de julio de mil novecientos cuarenta y tres me encontraba en compañía del peticionario y de otros trabajadores, trabajando por cuenta del Ministerio de Guerra en la construcción del Cuartel Militar conocido con el nombre de “La Perdiz” y cuyo jefe de construcción era el Capitán Rafael Hernández, quien en su carácter de tal le ordenó al señor Pedro Larrota y a Epifanio Obregón movieran a hombro una viga de un punto a otro, viga que en vista de la orden dada por el citado jefe Capitán Hernández, cargaron. Es un hecho evidente y cierto que el señor Pedro Larrota en vista de la orden imperativa que le dio el citado Capitán Hernández, cargó la viga de la cual resultó que como la viga era demasiado pesada y al cumplir la orden citada, se invalidó para toda la vida. Es un hecho evidente y cierto que el

peticionario antes del accidente de la cargada de la viga por mandato del Capitán Hernández, no había dejado de asistir a sus quehaceres o dejados de cumplir con sus deberes, por enfermedad”.

Francisco Rincón: “Me consta directa y personalmente que siendo yo trabajador en las obras que se adelantan y en La Pediz, por cuenta del Ministerio de Guerra, recibió el día quince de julio de 1943 orden expresa y verbalmente del Capitán Rafael Hernández el peticionario señor Pedro Larrota quien era mi compañero de trabajo para que en compañía de Epifanio Obregón cargara a hombros una viga. Aclaro que el Capitán Hernández era el jefe de la construcción. También me consta directa y personalmente que el señor Larrota en vista del peso de la viga, se negó a obedecer la orden del citado Capitán Hernández. Del mismo modo me consta que el Capitán en vista de la negativa de Larrota, le volvió a ordenar imperativamente y de una manera más bien altanera que cumpliera la orden y en tal virtud obedeció la orden y por tal razón en vista del demasiado peso se invalidó para toda su vida. Es un hecho cierto que el peticionario antes del accidente a que me he referido y el cual me consta porque lo vi, no había dejado de cumplir con sus deberes por razón de enfermedad”.

Estas declaraciones fueron recibidas extrajudicialmente ante el Juez Municipal de Florencia a solicitud de Larrota, (fls. 18 y 19 del cuad. principal), y ratificadas por los mismos testigos ante dicho Juez por comisión conferida por el Tribunal de primera instancia, dentro del término probatorio (fls. 11 y 12 del cuaderno de pruebas del demandante, en primera instancia).

Dentro del mismo término (fls. 13 del cuaderno dicho) rindió declaración ante el mismo Juez, y también por comisión conferida al efecto por el a quo, el testigo Santiago Martínez, quien expuso los hechos como se expresa a continuación: “Al segundo: Sí es cierto que el suscrito estaba trabajando el día quince de julio de 1943, al servicio del Ejército Nacional acantonado en esta ciudad de Florencia, Caquetá, en la obra de “La Perdiz”. Al tercero: Sí es cierto que en este trabajo fui compañero del demandante Pedro Pablo Larrota quien en esa obra estaba trabajando en su calidad de carpintero. Al cuarto: Sí me consta porque pude darme cuenta que el día quince de julio de 1943 el Capitán Rafael Hernández quien era el que nos mandaba estaba ejerciendo el cargo de Jefe de la obra “La Perdiz” ya mencionada. Al quinto: También me consta por lo que lo presencié que el mis-

o día quince de julio de 1943 el citado señor Capitán Rafael Hernández, en su carácter de jefe de "La Perdiz" en esta ciudad, ordenó al demandante Pedro Pablo Larrota en tono rígido y severo que con otro obrero movieran a hombro de un lugar a otro una viga muy pesada. Al sexto: También me consta porque así lo presencié, que Larrota en vista del peso de la viga, se negó a obedecer la orden pero el Capitán Hernández volvió a ordenarle este mismo trabajo y entonces Larrota cumplió la orden de su superior y se invalidó por esta causa. Al séptimo: También me consta por conocimiento personal y directo que tenía del señor Pedro Larrota, que éste hasta el quince de julio de 1943, día del accidente, estaba en estado físico íntegramente y perfectamente normal. Al octavo: También me consta porque tengo conocimiento personal que Pedro Larrota es un hombre pobre, que derivó su subsistencia diaria de su salario, como carpintero, y que con anterioridad al accidente con este salario atendió al mantenimiento de su señora Concepción Parra en forma decorosa, y que esta misma señora con anterioridad al accidente no ejerció ningún trabajo remunerado".

A más de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal, se encuentran en los autos algunas otras acompañadas a la demanda o producidas durante la primera instancia a solicitud de las partes, las que se relacionan a continuación:

1.—A los fls. 3 vto. y 4 del cuaderno principal, obra copia debidamente autenticada y expedida por el Comando de la Sexta Brigada por orden del Ministerio de Guerra, a solicitud de la parte demandante, de la historia clínica de Larrota, hecha el 20 de abril de 1944, y que dice así: "Comando 6 Brigada.—Ayudantía.—Copia.—"Batallón Mixto Juanambu".—Sanidad Militar.—Florencia, abril 20 de 1944. Historia Clínica. Nombre: Pedro Larrota. Edad: 52 años. Profesión: carpintero. Unidad donde trabaja: Sexta Brigada. **Antecedentes:** Entró como trabajador en la construcción de la obra de "La Perdiz" en el mes de octubre de 1942; es de constitución enjuta y presenta fuertes antecedentes palúdicos a pesar de lo cual daba buen rendimiento como trabajador. Enfermedad actual: El 15 de julio de 1943 sufrió el siguiente accidente: Al intentar levantar una viga que estaba enterrada, hizo un esfuerzo intenso y como consecuencia de éste sintió un dolor en la región lumbar. Después le ordenaron el transporte de la viga de "La Perdiz" al edificio de la Brigada; manifiesta el paciente que él no quería transportarla por considerarse incapaz de este esfuerzo, pero que habiendo recibido

orden militar del señor Capitán Rafael Hernández, la transportó tres cuadras. En la enfermería del Batallón, duró ocho días, donde presentaba fenómenos de mareo y vómitos; después fue mandado al Hospital de Primavera, donde permaneció 83 días. Fue dado de baja por haber cumplido los tres meses de hospitalización reglamentaria. En la actualidad continúa con los mismos fenómenos de mareo, vómitos, enfriamiento de las extremidades, dolor en la región lumbar y dificultad para la marcha. En mi concepto sufrió alguna ruptura de los ligamentos vertebrales o alguna sub-luxación de la columna vertebral por lo cual se hace indispensable el examen radiológico y con ese fin solicito su envío al Hospital Central. (Fdo.) Doctor Miguel A. Galán, Oficial de Sanidad-Mor."

2.—En el folio inmediatamente siguiente, expedido en la misma forma que el anterior, aparece el siguiente documento: "Hospital Militar Primavera.—Parte No. 53.—Primavera, marzo 1º de 1944. Al señor Comandante de la Sexta Brigada.—Florencia. Ref.: parte N. SAN. 1379. En relación con el parte citado me permito transcribirle mi parte No. 118 del 27 de octubre del obrero Pedro Larrota: Parte No. 118.—Primavera, octubre 27 de 1943. Al señor Comandante de la Sexta Brigada. Florencia. Ref.: Parte N. A. 11421. De conformidad al parte de la referencia, me permito insertarle los datos clínicos correspondientes a la historia clínica del obrero Pedro Larrota: Nombre: Pedro Larrota. Profesión: obrero, casado, de 38 años de edad; procedencia: Florencia (Comando de la Brigada). Entró al Hospital el 26 de julio de 1943 y salió el 16 de octubre de 1943 por mejoría y a **solicitud propia**. Antecedentes personales y hereditarios sin importancia. **Evolución de la enfermedad:** de acuerdo con los datos suministrados por el enfermo, su enfermedad le empezó con motivo de haber levantado un poste de peso considerable, habiendo sentido inmediatamente un dolor muy agudo en la región lumbar. Al ser examinado no se le encontró síntoma alguno de traumatismo, ni lesiones de ninguna especie sobre los tejidos y órganos profundos. Su temperatura fue siempre normal. Reflejos normales. **Diagnóstico:** lumbago. **Tratamiento:** se le hizo un tratamiento a base de vitamina B y de Neoarsfenamina; asimismo se le suministraron algunos calmantes con resultado poco satisfactorio al decir del mismo enfermo. Atentamente, C. Patiño Solano. — Médico Jefe. Servidor, (fdo.) Dr. C. Patiño Solano. Mor. Médico Jefe"

3.—En el mismo folio: "Sexta Brigada.—Sección construcciones y vías.—Parte No. 126.—Florencia,

junio 28 de 1944. Al señor Tte. Cor. Comandante Encargado Brigada.—Gn. Ref.: Antecedentes sobre un obrero. Para informar a esa superioridad, que los datos solicitados en el oficio adjunto y referentes al carpintero Pedro Larrota; solamente se encuentran en el archivo de esta sección los siguientes: 1.—Entró a prestar sus servicios como carpintero en la obra de "La Perdiz" el 27 de octubre de 1942. 2.—Prestó sus servicios hasta el último de octubre de 1943. 3.—El valor del último jornal devengado fue de un peso con sesenta centavos m. l. (\$1.70). 6.—A consecuencia de un accidente de trabajo, permaneció en el Hospital de Primavera, desde el 27 de julio de 1943 hasta el último de octubre del mismo año, fecha en la cual fue suspendido por inhabilidad en el servicio. Quedan sin respuesta los puntos 4 y 5 por corresponder a la Sección de Sanidad Militar. Atentamente, (fdo.) Tte. Gerardo Hurtado R. — Ing. Brig."

4.—A fls. 7 del cuaderno de pruebas de la parte demandante en primera instancia, obra copia auténtica de la Resolución No. 4 de 22 de marzo de 1945, expedida por el Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra, por medio de la cual se reconoció a favor del demandante Larrota la suma de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$ 1.224.00) "equivalente a la indemnización por el accidente de trabajo que sufrió siendo obrero de la Sexta Brigada".

En los "Considerandos" de la dicha Resolución se expresa: "Deja probado el actor: 1.—Su calidad de obrero por cuenta del ramo desde el 15 de octubre de 1942; 2.—El 15 de octubre de 1943 recibió orden de transportar una viga en un trayecto de tres (3) cuadras y a consecuencia de lo cual según la Junta y Consejo Médicos "el obrero Pedro Larrota contrajo una radiculitis de la región lumbar, rebelde a todo tratamiento y que le determina inhabilidad absoluta y permanente para el trabajo por la gran dificultad para moverse o hacer cualquier esfuerzo"; y 3.—Su última asignación como obrero a jornal fue de \$ 1.70 diarios".

5.—A solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, durante esta segunda instancia del proceso, se recibió, por medio de comisionado, declaración al señor doctor Miguel A. Galán, quien al punto tercero del interrogatorio propuesto por el señor Agente del Ministerio Público: "Diga el declarante si le consta personal y directamente, y por qué le consta, que el señor Pedro Pablo Larrota, cuando se hallaba al servicio de la Sexta Brigada en Florencia, en el mes de julio de 1943, su-

frió un accidente al tratar de levantar, por su propia iniciativa, una viga que se hallaba enterrada", contestó de la siguiente manera: "Es verdad, creo que fue en el mes de julio de 1943, como médico de la Sexta Brigada que fui en Florencia (Caquetá), me tocó tratar al señor Pedro Pablo Larrota de una lesión que sufrió en la columna vertebral; lesión que sufrió el señor Larrota, según lo manifestó el mismo, pero yo no presencié el accidente, a consecuencia del accidente al tratar de levantar una viga que se hallaba enterrada. Repito que la causa del accidente la supe por habérmelo comunicado así el paciente, mas yo no presencié el accidente. Lo cierto es que la lesión sufrida por Larrota, sí debió obedecer a un gran esfuerzo hecho, pues la naturaleza misma de la lesión así lo indicaba. Lo traté por espacio de un mes, aproximadamente. El señor Larrota era obrero al servicio de la misma Brigada".

El mismo médico dijo no constarle nada en relación con la pregunta formulada por el señor Procurador en el aparte d), que dice: "Diga el declarante si es cierto que la orden impartida al señor Larrota por el oficial Rafael Hernández para que transportara una viga o poste el 15 de julio de 1943, fue posterior al accidente de que trata la pregunta marcada con la letra c), es decir, con anterioridad a la orden impartida por el Capitán Rafael Hernández". Dio el doctor Galán esta contestación: "(e) Ya dije que traté al señor Larrota, y esa lesión en mi concepto obedeció a un esfuerzo exagerado que debió haber hecho; mas ya dije también que no presencié personalmente la ocurrencia del accidente del cual salió lesionado el señor Larrota. Lo demás de la pregunta, en relación con orden dada por el oficial Rafael Hernández, no me consta".

6.—Por último, a solicitud del mismo Agente del Ministerio Público se allegó a los autos, durante la segunda instancia, la certificación expedida por el señor Jefe del Departamento de Control y Ordenación del Ministerio de Guerra, en la cual consta: "Que por medio de la orden de pago No. 7.306 de fecha 9 de julio de 1945, refrendada por la Contraloría General de la República con el No. 7.559, fue pagada al señor Pedro Larrota Sanabria, la cantidad de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$ 1.224.00) moneda corriente, según cheque No. 5.180 de fecha 19 del mismo mes y año, girado por la Tesorería General, cantidad ésta que le fue reconocida por la Resolución No. 393 del 25 de junio de 1945 del Departamento Nacional del Trabajo,

que confirmó la No. 4 del Departamento Jurídico de este Ministerio".

De todas estas pruebas se deduce, pues, se repite de manera inconcusa que Pedro Pablo Larrota, uno de los demandantes en este juicio, padeció un accidente de trabajo, a consecuencia del cual sufrió un daño, que le ocasionó perjuicios, y, además que recibió como indemnización por ese accidente la suma de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$ 1.224.00) moneda corriente, que de conformidad con lo preceptuado por las leyes sobre accidentes de trabajo, le reconoció el Tesoro Nacional, por medio del Ministerio de Guerra del cual era él dependiente, y del de Trabajo, que confirmó lo resuelto por aquél.

Resta, por tanto, ahora analizar si el acervo probatorio de los autos da base para atribuir ese daño sufrido por Larrota a un hecho de un agente de la Nación realizado en ejercicio de las funciones propias de su cargo, y si, en consecuencia, la Nación colombiana debe responder por los perjuicios de orden material y moral sufridos por Larrota a consecuencia de la lesión que padeció, y que, conforme a los dictámenes médicos que se han relacionado, lo incapacita de por vida para el trabajo, lo mismo que si la señora Concepción Parra de Larrota sufrió perjuicios por ese mismo motivo, y se le deba en consecuencia indemnización independiente de aquélla a la cual eventualmente fuese acreedor su esposo.

Dicho de otro modo: es preciso examinar si las pruebas de los autos dan base para sostener que está demostrado el nexo de causalidad entre el daño padecido por el demandante y un hecho realizado por la Nación por medio de un agente suyo.

Para esto es necesario que se acredite ante todo que el Capitán Hernández, quien afirman los testigos dio la orden a Larrota de realizar el trabajo que se afirma le ocasionó la lesión consistente en una radiculitis de carácter permanente que lo incapacitó de por vida para el trabajo, ejercía en el momento de dar esa orden sus funciones, o lo que es lo mismo, que la orden que se afirma impartió a Larrota fue acto realizado por razón de sus funciones.

A este respecto se afirma en la demanda y también por los testigos que el demandante Larrota recibió orden del señor Capitán Rafael Hernández, quien al decir de los mismos testigos, era el jefe de la construcción de "La Perdiz", donde se hallaba trabajando el actor. En los autos no se encuentra documento alguno que acredite el nombramiento del dicho Oficial para encargado de la men-

cionada construcción, y su posesión del mismo cargo. En certificación expedida por el señor Secretario de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Guerra, a solicitud del apoderado de la parte actora, se afirma: que al fl. 8 del expediente formado por las piezas con base en las cuales se "reconocieron al ex-trabajador Pedro Larrota (carpintero), asignaciones e indemnización, se dice "que el señor Larrota recibió orden militar del señor Capitán Rafael Hernández, de transportar una viga, pero no se encuentra en el expediente constancia alguna de que el Capitán Hernández fuera el encargado de la obra de "La Perdiz" y por consiguiente, el inmediato superior del señor Larrota". (Fls. 9 del c. principal).

Por otra parte, en relación con este mismo hecho, aparece a fls. 14 vto. del mismo cuaderno, el siguiente documento: "Comando Sexto Brigada Ayudantía.—Florencia, agosto 14 de 1945. Vuelva al señor Tte. Coronel Comandante de la Sexta Brigada informando que a pesar de haberse buscado cuidadosamente en el libro de órdenes del día del Comando de la Brigada del año de 1943, no se encontró ninguna constancia de la orden, resolución o decreto por el cual se encargara al señor Capitán Rafael Hernández de las construcciones de la obra de "La Perdiz". Solamente en la orden del día número 215 del Comando Superior de la Sexta Brigada para el sábado 25 de septiembre de 1943, aparece el siguiente artículo cuya parte pertinente dice así: "Artículo 1584. Personal. Comisión... El señor Teniente Hurtado procederá a recibir la oficina de construcciones del señor Capitán Hernández. Dicha entrega y recibo debe verificarse desde el lunes 27 aún en el caso de no haber entregado lo que tiene a su cargo en el bat. Coronel Diógenes Gil.—Cdt. Briga.", (fdo.) Capitán Ezequiel Palacios I. Aydte. Cdt. Brigada".

Se tiene, pues, que no habiendo sido posible aducir la prueba directa del ejercicio de funciones del Capitán Rafael Hernández, a pesar de las diligencias hechas para tal fin, debe aceptarse la prueba supletoria constituida en el caso de autos por las declaraciones de testigos y por la orden que se deja transcrita de que el dicho oficial hiciera entrega de ese cargo a otro miembro del Ejército, lo cual viene sin duda a reforzar lo depuesto por los testigos.

Queda de este modo establecido suficientemente en el juicio. que el señor Capitán Hernández, agente de la Nación, obrando en ejercicio de sus funciones, impartió al demandante orden de transportar una viga en compañía de otro obrero, por es-

pacio de unas tres cuadras. En esto están acordes todos los testigos.

Igualmente, conforme se deja dicho, está acreditado por medio de los dictámenes médicos que Larrota sufrió una lesión consistente en una radiculitis de carácter permanente y rebelde a todo tratamiento, que lo incapacitó de por vida para el trabajo. Esos mismo dictámenes dan base para concluir que esa radiculitis obedeció a un esfuerzo realizado por Larrota y de considerable magnitud.

Es preciso examinar, por tanto, si en los autos aparece prueba que lleve a la certeza de que el esfuerzo realizado por Larrota y que le ocasionó la lesión dicha, fue el que realizó para levantar la viga en obediencia de la orden impartida por el Capitán Hernández.

Ya se vio atrás, como el señor Procurador Delegado en lo Civil afirma que no estando acreditada la presanidad de Larrota, puesto que, en su concepto, la presanidad de un individuo respecto de lesiones internas no es posible acreditarla por medio de declaraciones de testigos, no es posible tampoco deducir de manera que no deje lugar a dudas que Larrota no sufrió esa lesión antes de recibir la referida orden de su superior, quien, por otra parte, estaba en absoluta imposibilidad de prever ese hecho.

Pero la Sala no está de acuerdo con la anterior opinión, pues, si los testigos no pueden técnicamente conceptuar sobre la absoluta presanidad interna, sí pueden, según las apariencias visibles, dar testimonio de los hechos sujetos a la apreciación de los sentidos, o sea, afirmar que una persona, antes de un accidente, por sus manifestaciones exteriores, no estaba en condiciones de gravedad o de lesión que la imposibilitara para toda actividad.

Si el demandado estima que las lesiones provienen de causas anteriores, ha debido exhibir pruebas al respecto.

Un rigorismo como el insinuado por el señor Procurador sería el imperio del "summum jus, summa injuria".

Además el trabajador desde que entró en el ejercicio de sus actividades, se puede presumir que precisamente ha acreditado su sanidad normal para sus funciones.

Cabe ahora estudiar la presunción de culpa que el Tribunal a quo deduce de la interpretación a contrario sensu de las disposiciones contenidas en la Ley 57 de 1915, y de lo dispuesto en el artículo 2355 del Código Civil.

La Corte no acepta totalmente los siguientes raciocinios del a quo cuando dijo: "Conforme al tex-

to de los artículos segundo y tercero de la Ley 57 de 1915, el patrono no responde absolutamente de accidentes causados por culpa del obrero, por fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, por imprudencia o descuido del operario, por ataque súbito de enfermedad y por violación de los reglamentos de la empresa o fábrica, y en general por todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas y en que resulte culpable el trabajador. De donde se sigue que la culpa probada del trabajador, en cualquier acto u omisión que consista, exonera de responsabilidad civil al patrono o empresa, al par que la fuerza mayor extraña al trabajo, y que a contrario sensu, el patrono responde civilmente si no acredita alguna de las precitadas causales de exoneración".

Las disposiciones legales de la citada Ley 57 de 1915 son del tenor siguiente: "Artículo 1º—Para los efectos de la presente ley, entiéndese por accidente de trabajo un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o perturbación funcional permanente o pasajera, todo sin culpa del obrero."

"Artículo 2º—El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo del trabajo que realicen y en el ejercicio de la profesión que ejerzan, a menos que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencias o descuidos del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa".

"Artículo 3º—Se considera como culpa, imprudencia o descuido, el arrojamiento innecesario, la embriaguez, la desobediencia a órdenes expresas de los superiores o a los reglamentos de la empresa o fábrica, y en general, todo acto u omisión que produzca consecuencias desgraciadas y en que resulte culpable el trabajador".

El artículo 5º de la misma ley dispone que se dividen en cuatro clases las consecuencias de un accidente del trabajo, y las señala o especifica, y el artículo 6º determina cuáles son las indemnizaciones debidas por los accidentes.

De conformidad con el artículo 12 numeral a) de la Ley 6ª de 1945, estas indemnizaciones se pagan por el patrono "en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones que el

Gobierno promulgue, hasta por el equivalente del salario en dos años, además de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses”.

Pero, sea de ello lo que fuere, lo que interesa para el caso es precisar que son dos cosas absolutamente diferentes la prestación de carácter social y establecida por leyes especiales, debida por el patrono a sus trabajadores en caso de accidentes de trabajo, y la indemnización de carácter civil que conforme a las disposiciones del Código Civil debe todo aquél que cause a otro un daño.

Mal puede, por tanto, como lo hace el Tribunal de primera instancia, deducirse presunciones de culpabilidad civil de disposiciones legales que reglamentan lo relativo a accidentes de trabajo.

Lo que se deduce de los textos citados por el *a quo*, y que se dejan transcritos, de la Ley 57 de 1915 es que, producido un accidente de trabajo, el patrono es obligado a dar al obrero las indemnizaciones que señalan las leyes para tales casos, y que para eludir esa obligación, para quedar exento de ella, le corresponde probar entonces alguno de los hechos que conforme a las mismas disposiciones legales demuestran culpa por parte del obrero, las que, conforme a expresa voluntad del legislador, hacen que el patrono quede exento de toda obligación por el accidente ocurrido.

Pero, se repite, de allí no es posible concluir que, ocurrido un accidente de trabajo, el patrono deba indemnizar al obrero no sólo en la forma y en la medida que señalan las leyes sociales como indemnización por accidentes de esta naturaleza, sino también por todos los perjuicios de orden material y moral sufridos por quien padeció el accidente, como consecuencia del daño de que en ese mismo accidente fue víctima, salvo que demuestre la culpa por parte del obrero en la producción del referido accidente, o la intervención de una fuerza mayor extraña al trabajo, etc.

La indemnización de carácter civil es cosa que se rige por las disposiciones legales y reglas que regulan la obligación en que se encuentra quien ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro de resarcir ese daño (artículo 2341 C. C.).

Y para esto, conforme se deja dicho, y lo anota acertadamente el señor Procurador Delegado en lo Civil, es necesario acreditar en el juicio, de manera plena, la existencia del hecho delictuoso o culposo, la responsabilidad de aquél del cual se demanda la indemnización, por la comisión de ese

hecho, bien por haber sido él el autor del delito, o culpa, o por ser persona que conforme a la misma ley civil esté tenuta a responder por los perjuicios ocasionados por el acto de aquél que cometió el delito o la culpa; que ese delito o culpa ocasionó un daño; que quien demanda indemnización por el dicho daño tenga derecho de acuerdo con la ley, y, por último, que se halle acreditada la relación de causalidad entre el delito o la culpa y el daño por el cual se demanda indemnización, esto es, que en el proceso exista la prueba de que realmente la causa del daño dicho es el delito o la culpa de aquél de quien se demanda la indemnización, o el de una persona por los daños causados por los delitos o culpas del cual, deba responder el demandado. Esta comprobación, salvo algunos casos en que la ley invierta la carga de la prueba consagrando presunciones de culpabilidad como son los del artículo 2356 del Código Civil, que a continuación se pasa a analizar, corresponde aducirla a la parte demandante.

Como se ha dicho, el *a quo* apoya también su decisión en la presunción del artículo 2356 ya citado, motivo por el cual se hace necesario estudiar si esta disposición es aplicable o no al caso *sub judice*.

Ya se vio antes cómo el señor Agente del Ministerio Público ante la Corte atacó esta interpretación del *a quo*, en su alegato de conclusión, diciendo que “la reiterada jurisprudencia de esa H. Corte considera que el artículo antes citado establece una presunción de responsabilidad contra la persona, que en ejercicio de una actividad **especialmente peligrosa**, causa un perjuicio a otra”, y sostiene además que en el caso de la orden dada por el Capitán Hernández no existe actividad alguna que implique un especial peligro, o, dicho de otra manera, que lo que este agente de la Nación ordenó a Larrota realizara no es en modo alguno una actividad que por sí misma denota peligro, sino un acto que era propio de la construcción del cuartel, trabajo en el cual se hallaba empeñado el demandante al tiempo con otros obreros.

La Sala comparte lo dicho por el señor Procurador Delegado respecto de que el texto del artículo 2356 citado del Código Civil sólo permite presumir culpabilidad en casos de actividades especialmente peligrosas, de realización de actos que por sí mismos denoten un peligro. Esta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Corte al respecto.

Es preciso definir ahora, para saber si es el caso de que obre, como lo pretende el *a quo*, o no, como lo afirma el representante de la parte demandada, en esta segunda instancia, la referida presunción,

si la actividad que el Capitán Rafael Hernández, agente de la Nación demandada, ordenó realizar al demandante Larrota, de transportar una viga de un lugar a otro, levantándola para ello del suelo, es o no una actividad por sí misma peligrosa.

Para la Corté esa actividad no es en sí misma peligrosa, como sí lo son las que enumera el artículo 2356 del C. C., o las que con mucho acierto cita el señor Procurador, como las relacionadas con la aviación, el transporte de vehículos automotores, etc. El levantar y transportar una viga de un lugar a otro es trabajo que realizan a diario centenares de obreros sin que esto envuelva por sí mismo peligro para ellos ni para nadie.

El Tribunal para establecer la conexión entre la culpa y el daño razona así:

“La relación de causalidad entre la culpa y el daño no es menos evidente: se impone ante la manera como se sucedieron los hechos, ya que si no hubiese mediado la orden imprudente dada por el Capitán Hernández, el obrero que resultó lesionado no habría intentado levantar la viga. En otros términos, no hubiese sucedido o no habría tenido lugar el esfuerzo o acto físico que ejecutó Larrota y que fue generador del daño si la orden de levantar la viga no hubiese sido dada por el superior del obrero que trabajaba al servicio del Gobierno y que fatalmente tenía que obedecer al oficial”.

Como aparece en el proceso, el Capitán Hernández dio una orden al obrero, quien al principio se negó a cumplirla, pero luego ante la insistencia de su superior la obedeció, lo cual le originó fatales consecuencias.

Es cierto que no está claramente evidenciado que la viga en cuestión fuera de un peso superior a las fuerzas ordinarias de los dos trabajadores que la levantaron; pero asimismo es cierto que el Capitán viendo que Larrota no quería realizar esta tarea, cometió una imprudencia, al no cerciorarse previamente acerca de los motivos de la repulsa del obrero. No es, en verdad, ésta una culpa grave, pero en la responsabilidad aquiliana se toma en consideración aún la culpa levisima.

También puede afirmarse que Larrota incurrió en una negligencia o descuido, al no expresarle al Capitán cuáles eran las razones que le impedían obedecer la orden impartida. Por tal motivo, con aplicación del artículo 2357 del C. C. se estima que la indemnización ha de reducirse en un 50% (cincuenta por ciento), por considerarse que en esa proporción hubo culpa en ambos litigantes.

Por lo que respecta al derecho de la cónyuge para cobrar indemnización separadamente, la Sala

apunta que el señor Larrota pide todos los perjuicios que el accidente le produjo al imposibilitarlo absolutamente para el trabajo durante toda su vida. Y es el caso que esos perjuicios no pueden impetrarse por su cónyuge, porque ello podría llevar a una doble condenación por una misma causa.

Por otra parte, la señora demandante no ha demostrado haber sufrido daños especiales diferentes a los ya mencionados, por lo cual el Tribunal así como no condenó por perjuicios morales a favor de ella, con la misma lógica ha debido no tener en cuenta los materiales que la demandante invoca.

En cuanto a la condenación por perjuicios morales subjetivos a favor de Larrota, éstos, en sentir de la Sala, deben elevarse a mil quinientos pesos (\$ 1.500.00), dadas las tristes condiciones en que quedó el lesionado.

No hay prueba sobre perjuicios morales objetivos ni ellos fueron tampoco planteados en los hechos de la demanda.

Como bases para la estimación del perjuicio, habrá de tenerse en cuenta el salario del actor, según las pruebas que existen o se deduzcan, sin sobrepasar las afirmaciones del demandante al respecto; el cálculo de la vida probable de Larrota, conforme a las tablas de compañías de seguros de vida certificadas por la Contraloría General de la República; la naturaleza y permanencia de la incapacidad, reduciendo la indemnización en un cincuenta por ciento (50%). A todo ello se le aplicará la tabla de Garuffa en la forma establecida por la jurisprudencia de esta Sala, y del total se deducirá la suma de un mil doscientos veinticuatro pesos (\$ 1.224.00), que el damnificado recibió por concepto de indemnización del accidente de trabajo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrándola en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### Decide:

- 1.—**Confírmase** el ordinal primero del fallo de primer grado;
- 2.—**Revócanse** los ordinales segundo, tercero y cuarto del mismo fallo;
- 3.—**Condénase** a la Nación a pagar al demandante Pedro Pablo Larrota una indemnización por los perjuicios materiales, que se fijará en el incidente regulado por el artículo 553 del C. J., de acuerdo con las bases señaladas en la parte motiva de este fallo;

4.—**Condénase** a la misma entidad demandada a pagar, por concepto de daño moral subjetivo, al mismo actor Pedro Pablo Larrota, la suma de un mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) moneda legal;

5.—**Absuélvese** a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente. Insértese copia en la **Gaceta Judicial**.

**Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.**

## PENSION DE JUBILACION. — SU CARACTER. — TACHA DE PERITOS

La Corte ya ha revaluado el antiguo concepto de que la pensión de jubilación constituye una GRACIA, asignándole en cambio la categoría de perfecto derecho adquirido, de manera que, por tanto, el jubilado o pensionado posee plena autonomía jurídica respecto de la persona o entidad que deba pagarle la pensión, y, en consecuencia, no está impedido para intervenir como perito designado por aquélla en un juicio en que la misma sea parte, pues resultan inadmisibles para el caso la norma que sobre el particular tiene establecida el artículo 670 del C. J., y también la causal prevista en el numeral 2º del artículo 669 *ibidem*, por cuanto en ningún caso puede considerarse al pensionado como empleado de la persona o entidad que le paga la pensión, y, por el contrario, la plena autonomía jurídica y moral de que goza respecto de ésta resulta incompatible con la noción de DEPENDENCIA que el Código Judicial ha previsto para inhabilitar como peritos a las personas que con tal carácter son designadas en juicio por la parte que las tiene a su servicio a título de empleados subalternos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Dentro del juicio ordinario promovido por Roldán Calle y Cía. Limitada contra el Departamento de Antioquia —Empresa del Ferrocarril—, el apoderado de aquella Sociedad Comercial propuso un incidente de tacha del perito señor Ramón Nonato Díaz, designado como tal por la entidad demandada, por las causales previstas en el artículo 670 del C. J. y también por la causal del numeral segundo del artículo 669 de allí, fundándose en que dicho señor Díaz, está actualmente jubilado por el Ferrocarril de Antioquia, “por lo que concurre en él las causales de impedimento enunciadas, en razón del sueldo o remuneración que está recibiendo de la parte que lo designó perito y como esa remunera-

ción resulta gratuita, se armoniza dicha causal con la prevista en el artículo 660 citado” (sic).

El Tribunal del conocimiento, que lo es el Superior de Medellín, después de darle al incidente la tramitación que le es propia, hubo de fallarlo por auto de trece de septiembre de 1948, declarando fundada la tacha propuesta contra el perito designado señor Díaz, “por motivo de parcialidad”.

De esa decisión, por virtud del recurso de apelación interpuesto contra la misma por el representante legal de la entidad demandada, pasa a ocuparse esta Sala de Negocios Generales de la Corte, previa la sustanciación de rigor.

El Tribunal, encontrando acreditado el hecho de hallarse el señor Díaz jubilado por la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, por haber servido en ella veinte años, como en realidad así acontece, fundamenta su providencia en los siguientes razonamientos: “Es así que un jubilado cualquiera por una empresa está impedido, por parcialidad, para dictaminar como perito en favor de la misma, de acuerdo con las normas atrás citadas; luego el señor Díaz tiene impedimento, por parcialidad, para ejercer funciones de perito en este juicio”. “Lo anterior es claro, —agrega el a quo— si se tiene en cuenta que la jubilación es por naturaleza una remuneración. Además, es una gracia en pro de determinada persona; luego también por esta causal, al decir del artículo 670 precitado, el señor Díaz está impedido, por sospecha, para servir ese cargo en favor de la empresa del Ferrocarril que lo jubiló, y no obstante esto le hizo tal designación”.

El distinguido abogado doctor Víctor Cock, apoderado del recurrente en esta instancia, impugna la anterior argumentación del Tribunal en la forma que pasa a indicarse, después de expresar que los motivos de tacha invocados en el caso concreto del perito Díaz, no corresponden a las causales de tacha de los testigos que, en armonía con el artículo 708 del C. J., se extienden a los peritos:

“Sostener, en efecto, —dice— que el perito mencionado, mirado a la luz del artículo 669, ordinal 2º antes transcrito del Código Judicial es actualmente un empleado de la Empresa Oficial del Ferrocarril de Antioquia, no solamente es contrario a la más patente realidad en el hecho, sino que

implica también el desconocimiento de una organización jurídica de Derecho Público, reglamentada en Colombia especialmente por el Código Político y Municipal, organización jurídica que concibe y desarrolla la investidura del empleado público e igualmente la cesación de esa investidura.

“Haber sido empleado no es serlo actualmente. El motivo de tacha toca con el empleado actual, no con el que lo fue, es decir, con el que hubo de retirarse en calidad de jubilado. Y no es concebible siquiera que exista el ejercicio de la jubilación y a la par subsista la calidad de empleado, con los derechos, atributos, motivos de tacha y obligaciones que solo al empleado actual corresponden. Además, es inadmisibles sostener, por carencia en absoluto de lógica, que, para ciertos efectos, el empleado ha dejado de serlo, pero para otros, la misma persona conserva esa calidad”.

Y refiriéndose a la calificación que el Tribunal le asigna a la pensión de jubilación, de ser además de una remuneración, una gracia, y por lo mismo constituir otra causal de impedimento, por sospecha, para desempeñar el cargo de perito, conforme al artículo 670 del C. J., agrega: “No habrá de detenerse el suscrito a examinar el contrasentido de la providencia del Tribunal, en cuanto admite que la jubilación (se entienden las prestaciones sociales propias de ella) es una remuneración y al propio tiempo es una gracia, o sea, como gracia, algo perfectamente gratuito y revocable.

“Baste en efecto observar que la noción de que la pensión de jubilación ya decretada constituye una gracia es noción hoy revaluada por la propia Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (véase Gaceta Judicial Nos. 2029-31, páginas 1ª y siguientes, de enero, febrero y marzo de 1946), la cual se pronuncia en el sentido de asignarle la calidad de perfecto derecho adquirido. En esa condición de derecho adquirido, irrevocable, el jubilado tiene plena autonomía jurídica y moral, así como independencia personal frente a la Empresa que deba pagarle la pensión de jubilación; y, desde luego la tiene para el efecto de poder dictaminar como perito de acuerdo con sus convicciones personales y propias”.

Para resolver la Sala considera:

Como lo hace notar el señor apoderado del Departamento, ya la Corte tiene revaluado fundamentalmente el antiguo concepto de que la pensión de jubilación constituye una gracia, asignándole en cambio la categoría de perfecto derecho adqui-

rido, en forma tal que el jubilado posee plena autonomía jurídica y moral con respecto a la persona o entidad que deba pagarle la pensión.

Así las cosas, resulta jurídicamente inadmisibles la tesis sentada por el Tribunal en este negocio, de que el señor Ramón Nonato Díaz, pensionado por el Departamento de Antioquia, está recibiendo de éste una remuneración gratuita para atender a su subsistencia. Desaparece, por lo tanto, la base principal de que partió el Tribunal para estimar que el señor Díaz está legalmente impedido para intervenir como perito designado por la parte demandada, resultando, en consecuencia, inaplicable la norma que sobre el particular tiene establecida el artículo 670 del Código Judicial.

Además, resulta igualmente inadmisibles hacer mérito de la causal prevista en el numeral 2º del art. 669 del mismo Código, ya que el perito Díaz en ningún caso puede considerarse como empleado del Departamento por la sola circunstancia de que dicha entidad lo tenga pensionado. Por el contrario, esa plena autonomía jurídica y moral que, según jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte, tiene el jubilado respecto de la persona que le debe la respectiva prestación, resulta absolutamente incompatible con la noción de dependencia que el Código Judicial ha previsto para inhabilitar como peritos a las personas que con tal carácter son designadas en juicio por la parte que las tiene a su servicio a título de empleados subalternos.

Estima la Sala más que suficientes las consideraciones que preceden para llegar a la conclusión de que el auto apelado carece de base jurídica y que por lo tanto es el caso de revocarlo en todas sus partes.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, **Revoca** el auto de 13 de septiembre de 1948, proferido en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar decide que no está fundada la tacha propuesta contra el perito señor Ramón Nonato Díaz, designado con tal carácter por el Departamento de Antioquia.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PERITAZGO. — TACHA DE PERITOS. — INIDONEIDAD PARA DESEMPEÑAR EL CARGO

Dispone el artículo 3º de la Ley 94 de 1937 que: "Los cargos de agrimensor o de perito, cuando los dictámenes que hayan de rendirse versan sobre cuestiones exclusivamente técnicas de ingeniería, o alguna de sus especialidades se encomendarán, PREFERENCIALMENTE, a profesionales matriculados".

En estas circunstancias de la ley, que solo dispone que para las cuestiones técnicas de ingeniería se deben nombrar DE PREFERENCIA profesionales matriculados, el hecho de que los señores José Mercedes Avendaño y Luis Enrique Serrano Sanmiguel no figuren matriculados como ingenieros, topógrafos, arquitectos o maestros de obra, como lo certifica el Consejo Profesional de Ingeniería, no es prueba suficiente de falta de idoneidad técnica de los peritos para el desempeño del cargo. En ninguna parte ha dicho la ley que se presuma la incapacidad de los peritos que no sean profesionales matriculados, cuando se trata de cuestiones técnicas de ingeniería.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno (21) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro del juicio ordinario sobre petróleos seguido por Gustavo Reyes y otros contra la Nación, de que venía conociendo el Tribunal Superior de Bogotá, se decretó una inspección ocular con intervención de peritos, encaminada a identificar los terrenos de la demanda y a establecer qué parte de éstos estaba comprendida en el contrato de exploración y explotación de petróleos celebrado por el Gobierno Nacional con el señor Frederick Ryan.

Para la práctica de esa inspección se comisionó al Juez Municipal de Lebrija, con facultad expresa "para posesionar y reemplazar a los peritos, llegado el caso".

En uso de esta facultad el juez comisionado procedió a reemplazar a los peritos designados por las partes con los señores Julio A. Laverde y José Mer-

cedes Avendaño, por haberse excusado aquéllos de servir el cargo y no haber concurrido a la diligencia. El reemplazo aparece hecho tanto en auto de 1º de febrero de 1946 como en la propia diligencia de inspección llevada a cabo el mismo día, en donde se lee: "... Como no concurrieron los peritos nombrados y reconocidos por el Tribunal en auto de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, doctores Jorge A. Perry y Gilberto Delgado, por parte del demandado y demandante respectivamente, el señor Juez procedió a reemplazarlos nombrando al ingeniero doctor Julio A. Laverde y a José Mercedes Avendaño, en su orden, y se procedió a darles posesión...".

Con motivo de la inspección ocular practicada por el Juez Municipal de Lebrija, el señor Fiscal del Tribunal propuso, entre otros, los siguientes incidentes:

a) Nulidad de lo actuado a partir del auto de 1º de febrero de 1946, sobre reemplazo de peritos por el juez comisionado;

b) Tacha de peritos; y

c) Nulidad de la diligencia de inspección ocular.

Mediante el lleno de los trámites indicados en el artículo 395 del C. J., el Tribunal desató los mencionados incidentes por providencia de cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, en estos términos:

"1º—Niégase la nulidad de lo actuado a partir del auto de primero de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, dictado en el cuaderno de pruebas del actor por el señor Juez Municipal de Lebrija, demandada por el señor Fiscal de este Tribunal en representación de la Nación;

"2º—Declárase no probada la tacha propuesta por el señor Fiscal de este Tribunal, contra los peritos señores José Mercedes Avendaño y Luis Enrique Serrano Sanmiguel.

"3º—Niégase la declaración de nulidad o falsedad de la diligencia verificada por el señor Juez de Lebrija el día primero de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, demandada igualmente por el señor Fiscal del Tribunal.

"4º—No hay lugar a hacer condenación en costas".

De la anterior providencia se le concedió apela-

ción al señor Fiscal del Tribunal, razón por la cual entra ahora la Corte a dictar la decisión que corresponda, después de cumplidos aquí los trámites procesales de rigor.

### Nulidad de lo actuado

El Fiscal del Tribunal adujo como motivo de nulidad la circunstancia de no haberse notificado el auto dictado por el Juez Municipal de Lebrija el 1º de febrero de 1946, por el cual se reemplazó a los peritos designados por las partes. Y agregó luego que por esa razón el nombramiento de los peritos Julio A. Laverde y José Mercedes Avendaño "no tiene valor legal" y debe declararse la nulidad de lo actuado a partir de aquella providencia.

A este respecto se considera:

Consta de autos que el Juez Municipal de Lebrija señaló el día 1º de febrero de 1946, a las 8 a. m., para dar comienzo a la diligencia de inspección ocular; que la providencia en que tal cosa se dispuso le fue notificada personalmente al señor Fiscal del Tribunal; y que el juez comisionado sólo vino a saber que los peritos designados por las partes no aceptaban el cargo el 30 de enero, o sea dos días antes del que se había fijado para la diligencia.

Con estos precedentes, el Juez de Lebrija procedió a reemplazar a los peritos de las partes el día de la diligencia, nombrando en su lugar a los señores Laverde y Avendaño. Tales nombramientos los hizo por medio de auto, pero luego los volvió a hacer en la propia diligencia de inspección y en las mismas personas. El auto primeramente dictado quedaba así sin ninguna operancia.

Entendió el Juez Municipal de Lebrija que podía reemplazar a los peritos en el acto de la diligencia de inspección ocular, por razón de no haber concurrido a ella. De seguro se basaba en lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 706 del Código Judicial. Mas en todo caso lo sustancial es que el juez comisionado gozaba de facultad para reemplazar a los peritos; que el señor Fiscal del Tribunal había sido notificado del auto en que se señalaba el 1º de febrero para la práctica de la inspección ocular; y que por esta razón dicho funcionario habría podido interponer los recursos de ley contra cualquiera decisión que allí se adoptara, en la debida oportunidad.

Pero si esos recursos contra las decisiones de la diligencia de inspección no se interpusieron, mal podría considerarse como motivo de nulidad la circunstancia de no haberse notificado un auto que no

produjo efectos en el proceso, debido a que el reemplazo de los peritos se repitió en aquella diligencia, el mismo día 1º de febrero.

Por lo demás, conviene agregar que el señor Fiscal del Tribunal aprovechó la oportunidad del traslado del dictamen para tachar a los peritos, de acuerdo con lo previsto por el inciso 3º del artículo 709 del C. J.; es decir, que ningún derecho importante se le desconoció al representante de la Nación con el procedimiento del Juez comisionado.

### Tacha de peritos

El señor Fiscal del Tribunal tachó por incapacidad para el desempeño del cargo a los peritos José Mercedes Avendaño y Luis Enrique Serrano Sanmiguel, este último designado como tercero. La tacha se hizo consistir en que no reunían los requisitos del artículo 3º de la Ley 94 de 1937.

Y agregó el señor Fiscal:

"Los caballeros nombrados por el señor Juez Municipal de Lebrija, si honorables y correctos en todo sentido, no tienen las capacidades necesarias para desempeñar el cargo de peritos técnicos en asuntos tan importantes como el de que se trata en el presente juicio, y por eso las partes que sí conocían la importancia de la diligencia que se verificaría para constatar los linderos y demás elementos de prueba solicitados para decretar la inspección ocular, hicieron el nombramiento de peritos en personas de responsabilidad científica como los doctores Delgado y Perry. El señor Juez comisionado ha debido nombrar peritos expertos en el asunto, y no individuos ajenos a dichos menesteres".

En relación con los motivos o fundamentos de la tacha propuesta, la Corte está de acuerdo en parte con las razones de la providencia recurrida. Para la Corte el trabajo que debían realizar los peritos sí era de carácter técnico, pues debían verificar los linderos del terreno dado en concesión de petróleo al señor Frederick Ryan, los que están concebidos en forma que requiere conocimientos especializados; pero eso no era obstáculo insalvable para que se designara como peritos a personas que no fueran profesionales matriculados en el ramo de ingeniería, si por lo demás tenían la capacidad suficiente para el desempeño del cargo. Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 94 de 1937, que dice:

"Los cargos de agrimensor o de perito, cuando los dictámenes que hayan de rendirse versen sobre cuestiones exclusivamente técnicas de inge-

niería, o alguna de sus especialidades, se encomendarán, preferencialmente, a profesionales matriculados". (Subraya la Sala).

En estas circunstancias de la ley, que sólo dispone que para las cuestiones técnicas de ingeniería se deben nombrar de preferencia profesionales matriculados, el hecho de que los señores José Mercedes Avendaño y Luis Enrique Serano Sanmiguel no figuren matriculados ni inscritos como ingenieros, topógrafos, arquitectos o maestros de obra, como lo certifica el Consejo Profesional de Ingeniería, no es prueba suficiente de falta de idoneidad técnica de los peritos para el desempeño del cargo. En ninguna parte ha dicho la ley que se presuma la incapacidad de los peritos que no sean profesionales matriculados, cuando se trata de cuestiones técnicas de ingeniería.

Y como fuera de la indicada no se ha traído a los autos ninguna otra prueba encaminada a demostrar la incapacidad técnica de los peritos Avendaño y Serrano Sanmiguel, para el desempeño del trabajo que debían realizar y realizaron, debe concluirse que la tacha propuesta no puede prosperar.

#### Nulidad de la diligencia de inspección

El señor Fiscal del Tribunal tildó de falsa o nula la diligencia de inspección ocular, alegando que no se había comenzado a practicarla a las 8 a. m., del día señalado, sino a las 11 a. m., de ese día, en que llegaron a Lebrija los señores Gustavo Reyes, Julio A. Laverde y Luis Eduardo Rosales.

Para demostrar los hechos aducidos, el articulante solicitó las declaraciones de los señores Angel María Gómez y Roso Barera, las cuales se tomaron en el término de prueba del incidente. Los señores Gómez y Barrera deponen en el sentido de que los señores Reyes, Laverde y Rosales llegaron a Lebrija después de las 11 a. m.

No considera la Corte, sin embargo, que haya base para anular la diligencia de inspección ocular. A este respecto no pueden ser más claras las razones del Tribunal en la providencia reclamada. Basta por eso con reproducir ahora tales razones:

"El hecho invocado como causal de nulidad puede calificarse como carente de importancia. En definitiva, lo que los testigos afirman es que las personas a quienes ellos se refieren no llegaron a las 8 a. m., al Juzgado, sino a las 11 a. m. El acta dice que a las 8 a. m., el personal del Juzgado se constituyó en audiencia, y que como los peritos nom-

brados no se habían presentado, procedió a reemplazarlos. Esa afirmación implica una sucesión de hechos no coetáneos. No afirma el acta que el perito doctor Laverde hubiera concurrido al Juzgado a las 8 a. m.

"Si se acepta contradicción entre lo afirmado en el acta del Juzgado y lo que los testigos dicen, tendríamos el caso de pruebas contradictorias de categoría diferente y cuya eficacia probatoria no puede equipararse, ya que lo afirmado por el Juzgado aparece en un documento público y auténtico que no puede infirmarse con la declaración de dos testigos. Se trata de un documento público cuya autenticidad y veracidad lleva implícita la fe del Estado que se pronuncia por medio de uno de sus órganos. Como decía Bonnier: "La fe que se da a la autenticidad, y aun a la apariencia de autenticidad, no es susceptible de destruirse por la simple producción de la prueba contraria, pues la falsedad del acta atacada debe probarse especialmente. Esta es aún una regla de orden público, cuya infracción no puede de ningún modo autorizar el consentimiento de las partes (T. 2º, Madrid, 1914, No. 606)".

"No apareció como no aparece demostrado el hecho falso o la afirmación falsa a que hace referencia el señor Fiscal, y no habiendo la ley elevado a causal de nulidad la falta de continuidad y exactitud matemática en el curso de las diligencias judiciales, la nulidad demandada no puede decretarse".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma en todas sus partes la providencia del Tribunal Superior de Bogotá de cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, dictada en el juicio a que se ha hecho referencia.

Tiéndose al doctor Fabio Gartner como apoderado de los demandantes en el presente juicio, en virtud de la sustitución de poder que le ha hecho el doctor Jorge Gartner por memorial de veintiocho de enero del corriente año. Al propio tiempo, admítase la revocación que allí se le hace al apoderado sustituto Alfredo Cardona Hernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Belisario Agudelo S. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

**DENUNCIA DEL PLEITO. — CUANDO HAY LUGAR A ADMITIRLA. — OBLIGACIONES DEL VENDEDOR RESPECTO DEL COMPRADOR. — SANEAMIENTO POR EVICCIÓN**

El contrato de compraventa, como bilateral que es, les impone obligaciones recíprocas al comprador y al vendedor. Las del comprador están señaladas en el capítulo 9º del título 23 del libro dedicado a las obligaciones en general y a los contratos en el Código Civil. Entre las del vendedor está la del saneamiento por evicción (Capítulo 7º *ibidem*); obligación que, como lo dice el artículo 1893, tiene un doble objeto: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y el de responder de los defectos acultos de ésta.

En orden a la primera finalidad, quiere el legislador que el comprador goce del amparo no solamente en el extremo de verse privado de la cosa comprada o de parte de ella por sentencia judicial. La posibilidad de que ello pueda ocurrir, le da derecho a pedir que se cite al juicio al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida (artículos 1899 y 1900 C. C.). El ejercicio de ese derecho está reglamentado por el estatuto de procedimiento (artículos 235 y siguientes del C. Judicial).

Cumplido el deber de la denuncia, el Juez ha de darle evasión. Le basta para ello con la verificación del hecho de que el denunciante ha sido comprador de la cosa. Comprobado tal hecho con prueba sumaria, el Juez le da ingreso al denunciado para que, poniéndose a derecho en la litis, pueda defender el derecho que mediante la venta le transfirió al denunciante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintitres de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Demandado el Departamento del Tolima por "Compañías Unidas de Transportes S. A.", se ordenó el traslado de la demanda al señor Gobernador. Este, por medio de apoderado la contestó, y

Gaceta—17

en escrito separado le denunció el pleito al señor José Negret, vecino de Bogotá.

La denuncia fue admitida por el H. Tribunal de Ibagué en auto de veintiuno de julio de mil novecientos cuarenta y ocho. Con ese auto no se conformó el apoderado de la entidad demandante y solicitó reposición y en subsidio apelación. Este último recurso ha traído el expediente a la Corte.

Dentro del término de fijación en lista ha presentado su alegato de sustentación del recurso la parte apelante.

**El rechazo de la denuncia**

Las razones que han inducido a la parte demandante a procurar la revocación del auto admisorio de la denuncia, se pueden concretar así:

1ª—Para que una denuncia de pleito pueda prosperar, es necesario que al demandado lo ligue un vínculo contractual con el denunciado:

2ª—En el caso de autos —en que se demanda al Departamento del Tolima para que restituya unas cajas de whisky o para que en subsidio pague el valor de ellas— hay que demostrar, siquiera sumariamente, que don José Negret tenía algún derecho sobre esa mercadería, para que se le pueda vincular al pleito como denunciado.

3ª—En ninguna parte, y en ningún documento aparece el señor José Negret como dueño del whisky o como directo o indirecto autorizado en tal mercadería.

4ª—El whisky es de Compañías Unidas de Transportes S. A., por cesión que le hizo el Banco de Bogotá, según consta en documento privado de 5 de abril de 1948.

5ª—El Departamento demandado recibió los bultos contentivos del licor, hecho que el apoderado de la entidad actora halla confesado por ésta en el hecho 6º de la propia denuncia.

6ª—El señor Negret carece de interés en el pleito que Compañías Unidas de Transportes han establecido contra el Departamento del Tolima y "no puede dársele personería para que intervenga en la controversia".

7º—Compañías Unidas de Transportes S. A. hizo saber al Departamento con anterioridad al 28 de septiembre de 1946 que no debía pagar letras entregadas al señor José Negret, pues la entrega de las 200 cajas de whisky, hecha el quince de junio de mil novecientos cuarenta y seis, no se había hecho por cuenta de José Negret.

#### Las razones del H. Tribunal

Para sostener el auto admisorio de la denuncia el a quo hace una interpretación de las disposiciones contenidas en el artículo 235 del C. Judicial y 1895 y 1899 del C. Civil, las que relaciona con el 1929 de esta última obra.

La Corte considera:

Como argumento de autoridad invoca el acusante la doctrina que esta Sala de Negocios Generales asentó en el auto de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y siete y que dice:

"La denuncia del pleito tiene por objeto fijar las relaciones entre el denunciante y el denunciado, nacidas de la obligación en que se halla el vendedor de sanear la cosa vendida. Tal obligación se la impone la ley al vendedor para amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de ella (artículo 1893 C. C.)". (Auto Sala Negocios Generales, 20 mayo 1947. LXII, 550).

Brevemente pueden analizarse los fundamentos de esa doctrina en lo pertinente al caso de autos:

El contrato de compraventa, como bilateral que es, les impone obligaciones recíprocas al comprador y al vendedor. Las del comprador están señaladas en el Capítulo 9º del Título 23 del Libro dedicado a las Obligaciones en General y a los Contratos. Entre las del vendedor está la del saneamiento por evicción (Capítulo 7º ibídem); obligación que, como lo dice el artículo 1893, tiene un doble objeto: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y el de responder de los defectos ocultos de ésta.

En orden a la primera finalidad, quiere el legislador que el comprador goce del amparo no solamente en el extremo de verse privado de la cosa comprada o de parte de ella por sentencia judicial. La posibilidad de que ello pueda ocurrir, le da derecho a pedir que se cite al juicio al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida (artículos 1899 y 1900 C. C.). El ejercicio de ese derecho está reglamentado por el estatuto de procedimiento (artículos 235 y siguientes del Código Judicial).

Cumplido el deber de la denuncia, el Juez ha de darle evasión. Le basta para ello con la verificación del hecho de que el denunciante ha sido comprador de la cosa. Comprobado tal hecho con

prueba sumaria, el Juez le da ingreso al denunciado para que, poniéndose a derecho en la litis, pueda defender el derecho que mediante la venta le transfirió al denunciante.

En el caso de autos halló el H. Tribunal la prueba sumaria en estos hechos:

"Que el 24 de enero de 1946, las Rentas del Tolima compraron a José Negret, por conducto de Agustín Estrada, entre otras cosas doscientas docenas de whisky Morning Mist, por la suma de treinta mil pesos (\$ 30.000.00) que el vendedor debía entregar en el curso de sesenta días y el comprador pagar en dos letras de cambio; que el 28 de junio del mismo año, por conducto de las Compañías Unidas de Transportes fueron transportadas ciento noventa y ocho cajas de whisky Morning Mist, las que fueron entregadas a las Rentas del Tolima por Agustín Estrada; que el mismo día, José Negret, por conducto de Estrada presentó la respectiva cuenta de cobro por la suma de veintinueve mil setecientos pesos (\$ 29.700.00); y, que la entidad demandada pagó a José Negret en dos letras de cambio conforme se había estipulado".

La Sala ha repasado los documentos que obran a los folios 45, 48, 49, 50, 51, 52 y 53, y halla que tales documentos sí alcanzan a constituir la prueba sumaria de que entre el Departamento y el señor José Negret se perfeccionó un contrato de compraventa, pues hubo estipulación de cosa y precio, y la cosa o mercancía le fue entregada al Departamento y esta entidad como compradora verificó el pago.

La prueba sumaria de la citada relación jurídica creada entre el señor Negret como vendedor y el Departamento del Tolima como comprador es bastante para acreditar que caso en que la cosa comprada sea evicta tiene el Departamento el derecho de regresión y de salvaguardarlo mediante la denuncia del pleito.

El error en que incurre el apelante en la apreciación del citado derecho consiste en creer que a más de la calidad de compradora, tenga la entidad demandada que probar que su vendedor fuera dueño del whisky que vendió, cuando ésta es precisamente la cuestión de fondo que ha de resolverse en la sentencia, o sea si la parte actora es dueña o no de lo que reclama.

Por virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

**EXCEPCIONES. — PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIR EL INTERESADO QUE NO FORMULO OPOSICION A UNA PROPUESTA DE EXPLOTACION DE PETROLEOS ANTE EL CORRESPONDIENTE MINISTERIO**

La Sala considera que la esencia del medio exceptivo o de defensa que el demandado opone al derecho del demandante con el fin de diferir, dilatar o enervar el adelantamiento del juicio, o para hacer extinguir o para negar la existencia del derecho que el actor hace valer o cuyo reconocimiento o efectividad exige, no consiste en simples palabras sino que radica en el hecho propuesto o que el juez encuentra bastante para poner fin a la acción, o al juicio, o para dilatar éste.

Por no radicar la excepción sólo en palabras ha dicho la Corte que "el error en la denominación precisa de una excepción pertinente no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe". (G. J., T. XLIII, página 86).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

En libelo de 30 de octubre de 1945 se exponen como fundamentos los que en seguida se resumen:

En el mes de febrero de 1783 el Cabildo de la Villa de Tolú hizo merced de diez y seis Caballerías de cincuenta fanegas a cada uno de los señores José Nicolás de Lora, Facundo de Olascuaga, Ventura Fernández, Diego de Vellojín y doña Rafaela González; para la localización de estas mercedes se señaló la Boca del Caño Betací que desagua en el río Sinú, y luégo tomando tierras de uno y otro lado del río, Sinú, aguas abajo, hasta llegar al Torno de las Tortugas; luégo, para determinar hacia el Sur, aguas arriba, el otro extremo de la base, se señaló el mismo curso del río Sinú hasta la boca del currayado; fijada así la base, es fácil hallar la otra dimensión o altura del perímetro "mediante una sencilla operación de agrimensura, que se practicará por peritos sobre el terreno previo el reconocimiento en inspección ocular que se practicará dentro del juicio"; el comisionado del Cabildo

practicó la diligencia de posesión en los meses de marzo y abril de 1783; los adjudicatarios empezaron a beneficiar las tierras dadas en merced; en cumplimiento de la ley agraria de 10 de octubre de 1867, los títulos referentes a estos terrenos fueron registrados; los demandantes tienen la posesión inscrita y material de las tierras, las cuales están determinadas por linderos claros y precisos según posesión inmemorial y explotación económica anterior al 11 de octubre de 1821; el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta número 140 dentro de cuya área se encuentran los terrenos de que aquí se trata, y finalmente, el término señalado en las leyes para ejercer las acciones de derecho común no se había vencido cuando la demanda fue presentada y notificada".

Fundado en lo antes expuesto el doctor Simón Gómez de Lavalle en su propio nombre y como mandatario judicial de los señores José Joaquín, Manuel José, Juan Francisco, Gabriel Gómez M. y Gabriel Gómez L.; Marcelino, Manuel Luis, Manuel F., Guadalupe, Esteban y Petrona Cabrales; Francisca y Mercedes Vellojín de Martelo, y Miguel R. Méndez, todos como sucesores o causahabientes de José Nicolás de Lora y sus compañeros de adjudicación en las ochenta caballerías de tierras denominadas "Piedras Blancas" y "Currayado" pidió que en juicio ordinario seguido contra la Nación se declarará que los mentados terrenos ubicados en el Municipio de Montería, en el Departamento de Bolívar, pertenecen así el suelo como el subsuelo petrolífero a los sucesores y causahabientes de José Nicolás de Lora, Facundo Olascuaga, Ventura Fernández, Diego de Vellojín y doña Rafaela González, por los linderos que cita la primera petición de la demanda; que se deben excluir de la propuesta número 140 formulada por el señor Philip Andrews ante el Ministerio de Minas y Petróleos, según aviso publicado en el número 25.457 del D. O. pág. 302, así como del contrato correspondiente que se perfeccione o se hubiere perfeccionado entre el Gobierno Nacional y el señor Andrews, y que como consecuencia de las declaraciones anteriores los demandantes tienen derecho a que se les restituyan los productos que se

exploten o que se hubieren explotado del subsuelo de tales terrenos al tiempo de pronunciarse la sentencia definitiva como restituidos en especie o en dinero según el valor que le fijen peritos. Subsidiariamente que se declare que esos terrenos salieron del dominio del Estado y se radicaron en el patrimonio de los demandantes desde antes del 28 de octubre de 1873, así como el petróleo y las demás substancias del subsuelo que en ellos se encuentren. También subsidiariamente se piden otras declaraciones cuya enunciación no se estima indispensable hacer ahora. Como fundamentos de derecho se citan el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, la Real Cédula de 16 de diciembre de 1621, la recopilación de Indias de 1680, la Real Cédula de San Ildefonso y las disposiciones vigentes sobre dominio privado. El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de siete de mayo último, oportunamente apelada por parte legítima decidió que no era dable entrar en la cuestión de fondo por ser inepta la demanda.

La sentencia se funda en que si el Tribunal tiene competencia para conocer de la declaración de dominio de los terrenos a que el libelo se refiere y de los yacimientos de petróleos existentes en ellos no la tiene para conocer de la oposición que en el libelo se formula a la citada propuesta número 140 ya que esa oposición, por ministerio del artículo 59 de la Ley 160 de 1936 debe presentarse ante el Ministerio del ramo y es de la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decidir si es o no fundada esa oposición.

El señor Procurador Delegado en lo Civil pide que, en caso de que la Corte considere equivocada la tesis del Tribunal y crea pertinente revocar la sentencia recurrida y entrar en la cuestión de fondo, se absuelva a la Nación de los cargos de la demanda y se nieguen las peticiones principales y subsidiarias de la misma. Y es que en concepto del señor Procurador Delegado el fallo es erróneo por haberle dado el nombre de "inepta demanda" a la excepción que declaró probada, apreciación en que coincide también el apoderado de la parte demandante. Solamente difieren ambos en las consecuencias de ese error, pues dicho apoderado considera que la Corte debe revocar la sentencia y devolver el expediente para que el Tribunal dicte el fallo de fondo; y el señor Agente del Ministerio Público considera que una vez revocada la sentencia la Corte debe entrar a fallar la litis.

La Sala considera que la esencia del medio exceptivo o de defensa que el demandado opone al derecho del demandante con el fin de diferir, di-

latar o enervar el adelantamiento del juicio, o para hacer extinguir o para negar la existencia del derecho que el actor hace valer o cuyo reconocimiento o efectividad exige, no consiste en simples palabras sino que radica en el hecho propuesto o que el juez encuentra como bastante para poner fin a la acción, o al juicio, o para dilatar éste.

Por no radicar la excepción sólo en palabras ha dicho la Corte que "el error en la denominación precisa de una excepción pertinente no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe". (G. J. T. XLII, pág. 86).

El hecho que el Tribunal aduce como fundamento de la sentencia que se revisa consiste en no ser él sino la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema la competente para decidir la cuestión de fondo, hecho que no tiene la calidad de pertenitorio de la acción sino del juicio, pues deja subsistente aquella. Ese fundamento del fallo tiene, pues, fisonomía legal de incompetencia de jurisdicción.

En sentencia de esta misma fecha, pronunciada en un juicio en que se planteó idéntico problema jurídico, dice la Corte lo siguiente, que se transcribe como fundamentación de esta providencia: "La jurisdicción en lo judicial o tomada en función de justicia y en cuestión *inter nolentes* es la soberanía ejercida por el Estado por medio de los órganos respectivos, para declarar o imponer el derecho, o, como decía el artículo 75 de la Ley 72 de 1890, la facultad de administrar justicia, facultad limitada por el lugar donde se ejerce y por la competencia. La competencia la determina un elemento subjetivo, objetivo o territorial. En este juicio se contempla el primero de esos elementos, o sea el relacionado con el empleado o corporación llamada a conocer del pleito, pues el Tribunal afirma que no corresponde a él conocer de la controversia, luego plantea un caso de incompetencia de jurisdicción. Se dijo antes que el inconforme con una propuesta sobre exploración o explotación de hidrocarburos que no se oponga ante el Ministerio del ramo y pierda así la oportunidad de que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conozca del respectivo juicio sumario, puede, dentro de los dos años siguientes, contados, como lo indica el artículo 59 de la Ley 160 de 1936, intentar demanda ordinaria contra la Nación, juicio del cual corresponde conocer al Tribunal Superior en primera instancia. Como la incompetencia de jurisdicción no existe en el caso que se estudia y ella fue el fundamento aducido por el Tribunal para

declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la revocación de la sentencia se impone. El problema que con el recurso se plantea a la Sala y que circunscribe la competencia para resolver no se relaciona directamente con la cuestión de fondo sino con cuestión incidental, ocurrencia que no permite entrar ahora a lo que es materia propia del juicio porque esa materia no fue siquiera tratada por el Tribunal y menos resolvió acerca de ella. El señor Procurador Delegado en lo Civil pide que se revoque el fallo apelado y se decida aquí la litis de manera definitiva. Pero a la Corte no le es dable pretermitir la primera instancia, porque, como en caso semejante lo expuso, en providencia de 19 de octubre de 1948, en el juicio del Municipio de Sonsón y Ernesto Medina M., contra la Nación, sería incurrir en una violación de los principios procesales y aún en usurpación de jurisdicción, al tenor de lo estatuido en los artículos 148 y 198 del C. J., el primero de los cuales expresamente declara que "usurpan jurisdicción los superiores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores".

Por las razones 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,

**Falla:**

1º—Revócase la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

2º—Devuélvase el asunto a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre todas las peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Jorge García M., Of. Mayor.**

## ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UN YACIMIENTO DE PETROLEO. — NOCION DE COMPETENCIA

1.—La jurisdicción en lo judicial o tomada en función de justicia y en cuestión INTER NOLENTES es la soberanía ejercida por el Estado por medio de los órganos respectivos, para declarar o imponer el derecho, o, como decía el artículo 75 de la Ley 72 de 1890, la facultad de administrar justicia, facultad limitada por el lugar donde se ejerce y por la competencia.

La competencia la determina un elemento subjetivo, objetivo o territorial. En este juicio se contempla el primero de esos elementos, o sea el relacionado con el empleado o corporación llamada a conocer del pleito, pues el Tribunal afirma que no corresponde a él conocer de la controversia, luego plantea un caso de incompetencia de jurisdicción.

2.—El inconforme con una propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos que no se oponga ante el Ministerio del ramo y pierda así la oportunidad de que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conozca del respectivo juicio sumario, puede dentro de los dos años siguientes, contados, como lo indica el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, intentar demanda ordinaria contra la Nación, juicio del cual corresponde conocer al Tribunal Superior en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

El mandatario judicial de los señores Ernesto Olivares, Carmen, Valentina y Elena Corrales afirma, en libelo de 28 de marzo de 1946, que dentro del área de terreno a que se refiere la propuesta sobre exploración y explotación de petróleo, admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos en Resolución número 197 de 25 de febrero de 1944, según aviso publicado en el número 25.507 del D. O. de 28 de marzo de 1944, que dentro del aludido terreno están comprendidos los denominados

“El Palmar”, situados en San Bernardo del Viento, Municipio del Departamento de Bolívar, delimitados por los linderos que cita la demanda. Por tal motivo demanda a la Nación en juicio ordinario para que se declare que dichos terrenos, tanto el suelo como el subsuelo petrolífero, pertenecen a los sucesores y causahabientes de José Indalecio Corrales, Eusebio J. Pineda y Damián Pérez; que se deben excluir del área de la citada propuesta, así como del contrato que se perfeccione para explorar y explotar las sustancias petrolíferas, y que los actores tienen derecho a demandar la restitución de los productos que se obtengan y que se hayan obtenido en la explotación del subsuelo. La acción la apoya en las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936.

El Tribunal Superior de Cartagena, en sentencia de 29 de marzo de 1948 oportunamente apelada, declara que existe la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Dice al respecto que es procedente el fallo porque no se propuso oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda y porque no procede la declaración de nulidad objetiva por incompetencia de jurisdicción porque no fue propuesta y porque la parte petitoria del libelo impetra la declaración de dominio del suelo de los terrenos conocidos con el nombre de “El Palmar”, acción ésta que sí es de la normal competencia del Tribunal. En la parte motiva transcribe el Tribunal el siguiente extracto de la doctrina expuesta en sentencia de 20 de noviembre de 1945, pronunciada por esta Sala, en el juicio de Texas Petroleum Company contra la Nación: “Interpretada la demanda en consonancia con la presunta intención del demandante, y con el alcance y fin de las disposiciones legales del régimen de petróleo en nuestro país, parece conclusión aceptable la de que aquélla propendé a conseguir el aniquilamiento de la intervención administrativa inicial y previa, dentro de la plenitud de su significado genuino en los casos de los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 160 de 1936; a la completa eliminación de los juicios breves y sumarios que han de seguirse ante la Corte, y aun se aspira a más, que es a suplantarlo de una vez y con todos sus efectos jurídicos propios, la posible acción ordinaria que corres-

pondería entablar a quien llegare a recibir fallo adverso en el juicio breve y sumario sobre propiedad de los petróleos. De donde se sigue que habría de ser el resultado del juicio actual la suplantación de la actuación administrativa inicial, así como del juicio breve y sumario, y aun, en su caso, el juicio ordinario posterior, con la mira de proceder luégo como si ya todo estuviera fallado de manera definitiva, con fuerza de cosa juzgada, y como tal intocable para las autoridades administrativas y judiciales. De forma que a merced a (sic) esta razonable interpretación del alcánc e intención de la demanda, o sea que se pretende con ella la completa subrogación en concreto, de la reglamentación jurisdiccional y procesal de la Ley 160 de 1936, se llegará a la conclusión de que tal subrogación implica el que entre a conocer el Tribunal en una primera instancia del juicio ordinario cuando la Corte no ha llegado a conocer aún en única instancia respecto a tal juicio breve y sumario, cuyo seguimiento y decisión es necesidad ineludible para los efectos de la ley del petróleo (artículos 5º, 6º y 7º antes citados) y como medida que es de orden público. Por donde se concluye que no ha podido adquirirse por el Tribunal Superior la correspondiente jurisdicción para conocer del presente juicio ordinario, con los alcances que indudablemente se le pretende dar por el demandante en la demanda y según la interpretación de ella a la cual se ha venido haciendo referencia”.

Y agrega el Tribunal: “La ineptitud sustantiva se pone de bulto al relacionarse las dos primeras peticiones del libelo. En efecto, en la primera el doctor Gómez de Lavallo pide una declaración de dominio a favor de sus mandantes de los terrenos conocidos con el nombre de “El Palmar”, tanto del suelo como del subsuelo, al paso que en la segunda solicita que en la extensión correspondiente a esos terrenos se excluya del área, comprendida en la propuesta número 197 presentada por el señor Manuel Toro, precisando en esta última petición, a juicio del Tribunal, una real y verdadera oposición para que la Nación no dé en concesión al señor Toro la parte, como se afirma en el punto g) del libelo, que se superpone a la superficie delimitada en dicha propuesta. Y como es bien sabido que a esta clase de oposiciones correspondió un especial juicio breve y sumario, del que es competente en única instancia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, al tenor del artículo 5º de la Ley 160 de 1936, claramente está inhibido el Tribunal para pronunciar fallo en este negocio, tanto en lo que se refiere a la propiedad privada

del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de los terrenos de “El Palmar”, como respecto de la oposición formulada para que ordene la exclusión de la superficie superpuesta. Nada importa, a este efecto, que también se haya accionado para que se reconozca la propiedad privada del suelo del terreno en cuestión, puesto que la acción de dominio ha sido conformada por el actor envolviendo las dos propiedades, la del suelo y la del subsuelo petrolífero”.

El Ministerio Público y el apoderado del recurrente están de acuerdo en que la sentencia está mal fundada. Sostiene aquél que la doctrina de la Sala en el aparte transcrito de la sentencia de 20 de noviembre de 1945, ha sido mal entendida y peor aplicada ahora, porque “lo que la Corte ha sostenido en el fallo citado por el Tribunal es que, la persona natural o jurídica que considere que un determinado terreno de cuya superficie es propietaria, le pertenece también en cuanto al subsuelo, por haber salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, no puede ocurrir a la justicia ordinaria para pedir que se haga la correspondiente declaración; que esa persona sólo puede asumir una de estas dos actitudes: Dar aviso a la autoridad administrativa respectiva de que por sí o por interpuesta persona va a explorar o a explotar el petróleo que en tal terreno se encuentre, considerándolo como de su propiedad particular; si la autoridad administrativa competente decide que las pruebas presentadas no demuestran ese dominio particular del subsuelo, entonces el negocio irá a la H. Corte para que ésta en juicio breve y sumario, resuelva en definitiva el punto; y si el fallo es adverso al que dio el aviso, entonces puede, dentro del término legal, iniciar las acciones de derecho común. Caso de que, por cualquier razón, no tenga interés en dar ese aviso, tendrá que esperar a que alguna persona presente la respectiva propuesta de contrato, considerando que el petróleo que allí se encuentre es de propiedad nacional, y entonces, tiene a su disposición dos caminos: o se opone dentro del término señalado al efecto, para que la Corte decida de su oposición, o, si dentro de este término no formuló oposición, podrá ocurrir a la vía ordinaria para la defensa de sus derechos, ejerciendo las acciones de derecho común. La jurisprudencia de la H. Corte citada por el Tribunal, se refiere, pues, al caso de que alguien, pretendiéndose propietario del subsuelo y sin acudir a la vía administrativa y sin agotar las etapas previas, según el caso, quisiera obtener directamente una declaración judicial sobre ese do-

minio que nadie le está discutiendo ni sobre el cual hay intereses actuales en pugna. Es entonces cuando, según la Procuraduría, se presenta el fenómeno de la ineptitud sustantiva, como excepción perentoria. Lo que ha perturbado el criterio del Tribunal Superior de Cartagena es considerar que la petición que se formula para que se disponga que el terreno de que se trata sea excluido de la propuesta hecha, una vez que se declare que el subsuelo es de propiedad particular del propietario de la superficie, tiene el carácter de oposición a aquella propuesta. En realidad una petición de tal naturaleza es apenas la consecuencia jurídica necesaria de la declaración de dominio, porque es lógico que, aún sin que el actor lo pidiera, al hacerse la declaratoria de dominio particular, tendría que disponerse que el terreno sobre el cual versa, quedara excluido de la propuesta o del contrato ya celebrado, pues precisamente esa es la finalidad práctica que se persigue con esta clase de litigios, y no una mera declaración platónica de dominio.

La expresión "ineptitud sustantiva de la demanda" no se halla en las disposiciones sobre procedimiento. Fuera del caso especial del artículo 215 del C. J., los tres casos en que la demanda es inepta, indicados en el artículo 333 ibídem, se refieren a cuestiones de forma y no a lo sustancial de la litis (G. J., T. XXX, pág. 97). En la doctrina se toma esa expresión como equivalente a carencia de acción, o sea para afirmar que la petición no es apta para obtener la declaración del derecho invocado. Pero la esencia del medio exceptivo o de defensa que el demandado opone al derecho del demandante con el fin de diferir, dilatar o enervar el adelantamiento del juicio, o para hacer extinguir o para negar la existencia del derecho que el actor hace valer, o cuyo reconocimiento o efectividad exige, no consiste en simples palabras sino que radica en el hecho propuesto o hallado por el juez como bastante para poner fin a la acción, al juicio, o para dilatar éste. Por no radicar la excepción en las solas palabras, ha dicho la Corte que "el error en la denominación precisa de una excepción pertinente no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe". (G. J., T. XLII, pág. 86).

El hecho que el Tribunal aduce como fundamento de la sentencia que se revisa consiste en no ser él sino la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la competente para decidir la cuestión de fondo, hecho que no tiene la calidad de perentorio de la acción sino del juicio,

pues deja subsistente aquella. Ese fundamento del fallo tiene, pues, la fisonomía legal de incompetencia de jurisdicción.

La jurisdicción en lo judicial o tomada en función de justicia y en cuestión *inter nolentes* es la soberanía ejercida por el Estado por medio de los órganos respectivos, para declarar o imponer el derecho, o, como decía el artículo 75 de la Ley 72 de 1890, la facultad de administrar justicia, facultad limitada por el lugar donde se ejerce y por la competencia.

La competencia la determina un elemento subjetivo, objetivo o territorial. En este juicio se contempla el primero de esos elementos, o sea el relacionado con el empleado o corporación llamada a conocer del pleito, pues el Tribunal afirma que no corresponde a él conocer de la controversia, luego plantea un caso de incompetencia de jurisdicción.

Se dijo antes que el inconforme con una propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos que no se oponga ante el Ministerio del ramo y pierda así la oportunidad de que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conozca del respectivo juicio sumario, puede, dentro de los dos años siguientes, contados, como lo indica el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, intentar demanda ordinaria contra la Nación, juicio del cual corresponde conocer al Tribunal Superior en primera instancia. Como la incompetencia de jurisdicción no existe en el caso que se estudia y ella fue el fundamento aducido por el Tribunal para declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la revocación de la sentencia se impone.

El problema que con el recurso se ha planteado a la Sala y que circunscribe la competencia para resolver no se relaciona directamente con la cuestión de fondo sino con cuestión incidental, ocurrencia que no permite entrar ahora a lo que es materia propia del juicio, porque esa materia no fue siquiera tratada por el Tribunal y menos resolvió acerca de ella.

El señor Procurador Delegado en lo Civil pide que se revoque el fallo apelado y se decida aquí la litis de manera definitiva. Pero a la Corte no le es dable pretermitir la primera instancia, porque, como en caso semejante lo expuso, en providencia de 19 de octubre de 1948, en el juicio del Municipio de Sonsón y Ernesto Medina M., contra la Nación, sería incurrir en una violación de los principios procesales y aún en usurpación de jurisdicción, al tenor de lo estatuido en los artículos 148 y 198 del C. J., el primero de los cuales expresamente declara que "usurpan jurisdicción los su-

periores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores”.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

1º—Revócase la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena con fecha

veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho.

2º—Vuelva el asunto a dicho Tribunal para que dicte sentencia definitiva sobre todas las peticiones de la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Jorge García M., Of. Mayor.

## DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

1.—Como lo ha dicho repetidamente la Corte, no es lo mismo prescripción que caducidad, ya que en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda, y por cuanto los artículos 5º y 7º de la Ley 160 prevén casos de caducidad y no de prescripción. Por lo demás los sesenta días hábiles a que se refiere el inciso 2º del precitado artículo 5º se cuentan a partir de cumplido todo el trámite de publicación y anuncio de una propuesta como lo prevé el inciso 1º de allí.

2.—La doctrina que la Corte ha sentado en juicios sumarios de que "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el título, y sólo a condición de que tal cosa sea IDENTIFICABLE, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto" (G. J., Tomo 53, pág. 476), es igualmente aplicable en los ordinarios que entrañan el ejercicio de una clásica acción de dominio, para cuya prosperidad, según doctrina también abundante de la Corte, ha de aparecer plenamente acreditada —como uno de los postulados que configuran tal acción— la existencia de una COSA SINGULAR, debidamente determinada, respecto de la cual haya de hacerse la declaración de propiedad impetrada por el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El doctor Ramón Castro González, obrando como apoderado especial de Angel María Castro Rodríguez, Luis Carlos Enríquez, Aristides Manotas y María Durán, presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 12 de abril de 1946, demanda contra la Nación, a efecto de obtener, por sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"1º—Que el globo de terreno denominado "Maná y Armadillo", debidamente especificado en el he-

lacho segundo del presente libelo de demanda, salió legalmente del patrimonio del Estado colombiano, y ya había salido legalmente del patrimonio de la Nación, cuando María Angela Barraza se lo vendió a los prenombrados señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Rafael Manotas Hernández y Manuel Henríquez.

"2º—Que el subsuelo de tal globo de terreno "Maná y Armadillo" y los petróleos y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en tal subsuelo, no son de la Nación, sino que pertenecen en propiedad exclusiva, a las sucesiones de los prenombrados señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Rafael Manotas Hernández y Manuel Henríquez, pro indiviso y por partes iguales, representadas por los respectivos herederos de dichos señores Durán, Castro, Polo, Ahumada y Henríquez; con la sola salvedad de la reserva hecha en favor de ella por María Angela Barraza a que se refiere la escritura citada No. 13 de agosto de 1862 de la Notaría Unica de Sabanalarga".

Como hechos fundamentales de la acción adujó los siguientes:

"1º—El Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución de fecha 21 de diciembre de 1943, admitió la propuesta de contrato sobre exploración con taldro y explotación de petróleo, formulada en 2º de enero del año ppdo. por el doctor León Cruz Santos, en su carácter de Gerente en ejercicio de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, registrado en el libro respectivo bajo el número 131 y referente a un globo de terreno de 49.880 hectáreas de extensión superficial, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, en el Departamento del Atlántico, y aliterado así:

"El punto arcifinio de referencia lo constituye un salto de una altura de (en números, enmendado, ilegible) del Arroyo "El Santo" o Guayabo, al borde de dicho salto se localizaron dos puntos de concreto marcados Salto 7 y Salto 9 respectivamente; dichos puntos son referidos al mojón astronómico M64, que tiene las coordenadas geográficas siguientes: latitud: 10º 38' 6" N. y longitud: 0º 48' 9" W. Bogotá".

"El punto de partida "A" de la alinderación está situado sobre el lindero sur de la propuesta aceptada a la Tropical Oil Company por Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos de fecha 8 de mayo de 1941, sostenida por la de 20 de octubre del mismo año; este lindero está definido por los vértices B y C en dicha propuesta. La recta M-64-A tiene una longitud de 4.055 metros y un azimut de 12° 00' 00".

"Del punto A se sigue por el lindero Sur de la propuesta de la Tropical Oil Company hasta el vértice C de dicha propuesta y luego por una recta del mismo azimut hasta llegar al vértice B de la presente propuesta. La recta A-B tiene una longitud de 19.000 metros y un azimut de 282° 00' 00".

"De B se sigue una recta de 17.200 metros de longitud con un azimut de 192° 00' 00", hasta llegar al vértice C.

"De C sigue una recta de 29.000 metros de longitud con un azimut de 102° 00' 00" hasta llegar al vértice D.

"De D se sigue una recta de 17.200 metros de longitud, con un azimut de 12° 00' 00", hasta llegar al vértice E. Dicho punto está situado sobre el lindero Sur de la propuesta de la Tropical Oil Company mencionada arriba.

"De E se sigue por el lindero Sur de la propuesta de la Tropical Oil (sic) Comp. hasta llegar al punto de partida A de la alinderación de la presente propuesta. La recta E-A tiene una longitud de 10.000 metros y un azimut de 282° 00' 00".

Todos los azimut mencionados se refieren al meridiano verdadero y se cuenta de N. a E. Estos linderos encierran un área total de 49.880 hectáreas.

"2°—Dentro del globo general de terreno especificado en el hecho anterior, se encuentra comprendido el siguiente globo de terreno denominado "Almadillo y Maná", cuya situación, extensión y linderos, son los que a continuación se expresan:

"Un globo de terreno llamado "Almadillo y Maná", que está ubicado en los Municipios de Sabanalarga y Manatí, Departamento del Atlántico, y está comprendido dentro de los siguientes linderos: "Sitio de Caracolí mirando para donde sale el sol va a dar al Arroyo de Salado en el mismo rumbo pasando por la Sabana de Salado y por el Arroyo del Medio, el de la Poza Barreto, Loma del Limón Barranco Cristóbal Polo Majaguos Blancos, y de aquí al Palmar Chiquito, atravesando el Arroyo de Patilla y la Loma del Javaral de Cavaracas que cuyo Palmar Chiquito está en derramadero donde se juntan los dos arroyos de Cabarcas y Cambuta,

Ceiba de la Equis, Boca de Palo Apo que de aquí se ve (sic) a la Poza de Santo Domingo, atravesando antes los arroyos del Gallego y Salado, volteando rumbo al poniente encuentran los de Aguada de Higuierón, Posa (sic) del Manantial, Sabana Chorillo y Pozo del Moján al Arroyo de los Puercos; luego cambiando de rumbo para el norte hacia esta población están estos otros; piedra de Andrés Martínez y viniendo por el camino real que parte de Manatí, se encuentran los de Baray, los Camajorudos, Aguada de los cara-sucias, Sabana de Tío Estegan (sic) y sitio de Caracolí".

"3°—Por Escritura Pública No. 13 de 26 de agosto de 1862, de la Notaría de Sabanalarga (Atlántico), la señora María Angela Barraza vendió el mencionado globo de terreno, "Maná y Armadillo" (o "Almadillo"), por la suma de \$ 480.00 que recibió de los compradores, a los señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Manuel Manotas Hernández y Manuel Henríquez, reservándose dicha señora, solamente, un derecho de dominio equivalente a una acción de ochenta pesos; dicho globo de terreno "Maná y Armadillo" es el mismo especificado por su situación y linderos en el hecho segundo del presente libelo de demanda.

"4°—El precitado globo de terreno "Maná y Armadillo", salió legalmente del patrimonio de la Nación y había salido del patrimonio del Estado colombiano, cuando María Angela Barraza se lo vendió a los prenombrados señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Rafael Manotas Hernández y Manuel Henríquez; y el subsuelo de tal globo de terreno y los petróleos y sus derivados que haya o pueda haber en ellos, con la única salvedad de la reserva que hizo la vendedora María Angela Barraza, pertenecen en propiedad, de manera exclusiva, a las sucesiones de los prenombrados señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Rafael Manotas Hernández y Manuel Henríquez, proindiviso por partes iguales, sucesiones que están representadas por los respectivos herederos de dichos señores Durán, Castro, Polo, Ahumada, Manotas y Henríquez.

"5°—El edicto en que se avisó al público la aceptación del Gobierno (Ministerio de Petróleos), de la propuesta de la mencionada Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, se fijó en Sabanalarga, en la Alcaldía Municipal, el día 4 de febrero de 1944, luego la presente demanda está promovida dentro del término legal que señala la Ley 160 de 1936".

Y en derecho invocó las "disposiciones pertinentes del Código Fiscal; Ley 160 de 1936, y concordantes, y Decretos Ejecutivos sobre la materia".

Admitida la demanda en referencia por auto de 24 de abril de 1946, se dispuso correr traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público. Este, o sea en el caso actual el señor Fiscal 1º del Tribunal de Barranquilla, la contestó oportunamente negando su asentimiento a los hechos aducidos, así como también a los fundamentos de derecho invocados, proponiendo la excepción de carencia de acción y la genérica de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Finalmente el Tribunal, surtida la tramitación de rigor, le puso fin a la primera instancia con el fallo de 16 de septiembre de 1947, por medio del cual fueron negadas las súplicas de la demanda, y, consecuentemente, absuelta la Nación.

Contra esta sentencia interpuso el apoderado de los actores recurso de apelación y llegado a esta Sala de la Corte el expediente, en el término oportuno se practicó una sola prueba, pedida por el citado apoderado y consistente en una inspección ocular con peritos en la Notaría Unica de Sabanalarga a los protocolos de los años de 1869 y 1904, "para establecer si por su aspecto formal, y demás particularidades, son auténticos y no revelan haber sufrido alteración alguna los documentos protocolizados bajo las escrituras números 21 y 165, respectivamente, o sean los documentos protocolizados por medio de las escrituras públicas número 21 de 1868 y número 165 de 17 de noviembre de 1904" de aquella Notaría, diligencia que se practicó por el Tribunal de Barranquilla, comisionado al efecto.

Tramitado acá el recurso en debida forma, se procede a dictar sentencia de segundo grado, previa advertencia de haber presentado alegatos el señor Procurador Delegado en lo Civil y el apoderado de los actores en esta instancia.

#### Extinción de la acción

Dicho está que el señor Fiscal del Tribunal sentenciador al dar respuesta a la demanda origen de este juicio propuso la excepción de carencia de acción, o en otros términos, de extinción de la misma, por no haberse presentado la demanda dentro del término legal, como lo expresara en su alegato de fondo. Materia de examen previo en

el fallo recurrido, fue la cuestión relacionada con este tópico de la excepción de prescripción extintiva propuesta por el representante legal de la entidad demandada y negada por el Tribunal sentenciador.

Los hechos constitutivos de la excepción invocada consisten en que, de acuerdo con las constancias procesales, los demandantes, como no fueron opositores en el contrato de exploración propuesto al Gobierno por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, solamente podían iniciar la acción ordinaria de que habla el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, dentro del término de dos años a partir de cumplidos los sesenta días desde la publicación en el Diario Oficial del extracto a que se refiere el inciso 1º de aquella disposición, extracto publicado el 2 de febrero de 1944; de modo que dicho término venció el 2 de abril de ese año, resultando por lo mismo incoada la demanda extemporáneamente el 12 de los mismos mes y año.

El Tribunal, según quedó dicho, negó la excepción, razonando así: "La acción fue instaurada por el doctor Castro González con fecha 13 de abril de 1946, el 22 fue repartida por la Presidencia de la Sala Civil al Magistrado doctor Montes y puesta al despacho el 23 de los mismos, admitida por auto interlocutorio firmado por la Sala de fecha 24 y notificada al señor Fiscal el 2 de mayo del mismo año.

"Según términos del Código Civil y que la H. Corte Suprema de Justicia ha ampliado, se produce la interrupción civil por el que se pretende verdadero dueño cuando la notificación de la demanda ha sido hecha en forma legal, es decir contra legítimo representante de manera que el plazo a contar para ver si la demanda impetrada por el doctor Castro interrumpió la prescripción de que trata la Ley 160 ó sea el Estatuto del Petróleo, es el de la notificación el 2 de mayo de 1946. Como no se trajo a los autos copia de la sentencia del juicio breve y sumario para poder contar el término de la acción desde la ejecutoria de ésta, hay entonces que contar los dos años, sesenta días después de desfijado el edicto en la Alcaldía del respectivo municipio de Sabanalarga, y según prueba que obra en autos éste se desfijó el 16 de marzo de 1944 y los sesenta días hábiles se cumplieron el 4 de julio de 1946 y como dentro del término de los dos años se interrumpió la prescripción, no procede entonces la alegación del señor Fiscal Primero. Esto se infiere del artículo 5º y 7º de la Ley 160 de 1936, vale decir, los sesenta días hábiles se cuentan a partir de las formalidades del anuncio de la propuesta en la Alcaldía por treinta días

el cual se pregonará por bando en tres días de concurso”.

La conclusión a que llega el a quo es acertada. Solamente es de observar que, como lo ha dicho repetidamente la Corte, no es lo mismo prescripción que caducidad, ya que en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda, y por cuanto los artículos 5 y 7º de la Ley 160 de 1936 prevén casos de caducidad y no de prescripción. Por lo demás los sesenta días hábiles a que se refiere el inciso 2º del precitado artículo 5º se cuentan a partir de cumplido todo el trámite de publicación y anuncio de una propuesta como lo prevé el inciso 1º de allí.

#### Personería del demandante

El señor Procurador Delegado en lo Civil formula, en relación con la personería del demandante doctor Castro González, la siguiente observación: “La Procuraduría observa, en primer lugar, que en el caso de autos existe una falta de personería adjetiva en relación con algunos de los demandantes que no debe pasar inadvertida en el estudio del presente negocio. En efecto, el doctor Ramón Castro González demandó a la Nación como apoderado especial de Angel María Castro Rodríguez, Luis Carlos Henríquez, Aristides Manotas y María Durán, de conformidad con los poderes que aparecen en el expediente. Sin embargo, el mencionado apoderado solicita en la petición segunda de la demanda que el H. Tribunal declare que los terrenos a que se refiere este juicio y los petróleos que en ellos se encuentren, pertenecen a las sucesiones de los señores antes citados y a las de Pedro A. Polo y Andrés Ahumada, sin que en el expediente aparezca el respectivo poder otorgado por estos dos últimos señores para que el doctor Castro González pudiera representarlos legalmente en el juicio. Por consiguiente, existe por este aspecto, una falta de personería que pone de presente la improcedencia de la acción, en cuanto se refiere a la solicitud hecha por el referido apoderado a favor de las sucesiones de los señores Polo y Ahumada”.

Evidentemente, se advierte que el demandante doctor Castro González carece de poder para demandar a la Nación en nombre de las sucesiones de Pedro A. Polo y Andrés Ahumada, ya que el mandato otorgado se refiere únicamente a las sucesiones de Pedro Durán, Juan Bautista Castro,

Rafael Manotas Hernández y Manuel Henríquez, existiendo por lo mismo, una falta de personería adjetiva que, como atinadamente lo anota la Procuraduría, pone de presente la improcedencia de la acción en relación con las sucesiones de Polo y Ahumada. Sobre este particular la Sala estima no ser del caso entrar á estudiar las consecuencias jurídicas que tenga o pueda tener esa falta de personería en el caso actual, en que parece tratarse de una comunidad, por cuanto la decisión que se adopte, y por el motivo indicado, solamente se referirá a los comuneros debidamente representados, quedando a salvo los derechos de quienes no se hicieron parte en el litigio.

#### Pruebas en que se apoya la acción

Los siguientes documentos que pasan a relacionarse, producidos en la primera instancia, son los únicos aducidos por los demandantes como demostrativos del derecho de propiedad que dicen tener sobre el subsuelo, el petróleo y sus derivados que puedan encontrarse en el globo de terreno “Maná y Armadillo”, conforme a la especificación que de los mismos se hace en el hecho segundo de la demanda:

1º—Novena copia de la escritura No. 13 de 26 de agosto de 1862, otorgada en la Villa de Sabanalarga ante el Notario Público de la Provincia, por medio de la cual María Angela Barraza, vecina del Distrito de Manatí “por sí y en nombre de sus hijos, herederos y sucesores, y de quienes hubiere título, voz y causa, vende y da en venta real y enagenación perpetua, para siempre jamás, a todos los vecinos de esta villa, los derechos y acciones que tiene en los terrenos situados en la jurisdicción de este Distrito y denominados “Maná y Armadillo”, reservándose únicamente la vendedora para sí y los suyos una acción de ochenta pesos, los cuales derechos y acciones le pertenecen en propiedad y posesión por los títulos de compra y herencia de sus padres, según pormenor consta de los documentos e hijuelas respectivas; lindando dichos terrenos por los sitios y lugares determinados en los comprobantes de que ha hablado y que exhibe para entregar a los interesados en señal de posesión”. Aparecen aceptando tal venta por sí y en nombre de todos los vecinos del Distrito de Sabanalarga los señores Pedro Durán, Juan Bautista Castro, Pedro A. Polo, Andrés Ahumada, Rafael Manotas y Manuel Henríquez. Según certificación expedida por el Registrador de Sabanalarga dicho título fue registrado en su segunda y tercera copias el 16 de diciembre de 1896;

2º—Cuarta copia de la escritura No. 21 de 11 de agosto de 1868, otorgada en Sabanalarga ante el Notario de la Provincia de Sabanalarga, mediante la cual se protocolizaron, a instancias del personero del Distrito, las sentencias de primera y segunda instancias pronunciadas en el juicio de apropiación seguido por las tierras de “Almadillo” y “Maná”, la primera por el Juez de la Provincia de Sabanalarga el 7 de febrero de 1868, y la segunda por el Tribunal Superior de Justicia del Estado, en Cartagena, a 28 de marzo del mismo año, en que se declara “que las tierras nombradas “Almadillo” y “Maná”, son apropiadas y que pertenecen a los vecinos de Sabanalarga” por haber “sido poseídas por particulares, efectivamente y por más de veinticinco años”, ello “sin perjudicar el derecho que pueda tener en dichas tierras la señora María Angela Barraza”;

3º—Quinta copia de la escritura No. 165 de 17 de noviembre de 1904, otorgada en Sabanalarga ante el Notario de ese Circuito, por la cual a instancias de los vecinos Claudio Jiménez de Gómez y Pedro Salazar, Presidente del Concejo Municipal del Distrito de Sabanalarga, el primero, y miembro principal de la misma Corporación el segundo, se protocoliza “el testimonio de la escritura pública otorgada ante el Escribano Público de la ciudad de Cartagena, señor Mateo Carrasquilla, en la cual consta el ajuste hecho entre Rafael de Escobar y Juan Bruno de Cuento, para deslindar sus tierras en jurisdicción de este Distrito, y el deslinde que hicieron en virtud del ajuste mencionado. Dicho testimonio consta de doce fojas escritas —se lee allí— del papel correspondiente a los años de 1752 y 53....”. El deslinde se refiere a unas tierras denominadas “Cascabel y Armadillo” de diez caballerías, ocho fanegadas y siete almudes, por una parte, y de once caballerías, por otra.

En relación con la prueba producida en la segunda instancia, consistente en una inspección ocular a la Notaría Unica de Sabanalarga, a los protocolos de 1868 y 1904, para establecer la autenticidad de las escrituras números 21 y 165 citadas en los numerales inmediatamente anteriores, conviene hacer presente que esa inspección ocular dio por resultado que efectivamente dichos instrumentos no presentan en su parte formal y externa enmendatura ni raspadura de ninguna naturaleza, y que no fueron hallados, en el archivo correspondiente al año de 1868, los documentos a que se refiere el Instrumento Público No. 21, o sea los que fundamentan las sentencias allí protocolizadas.

Con fundamento particularmente en las escrituras públicas números 13 y 21 citadas, el señor apoderado del demandante afirma que sus poderdantes son propietarios del globo de terreno “Maná” y “Armadillo”, en relación con el subsuelo, petróleos y sus derivados que allí se encuentren, ubicado y delimitado como se enuncia en el segundo hecho de la demanda, y además, por lo mismo, que no pertenece al patrimonio nacional, por cuanto salió de dicho patrimonio con anterioridad al año de 1873.

Lo primero que debe verificarse es si los títulos invocados se refieren a un terreno determinado como cuerpo cierto.

Sobre este particular la Corte observa:

1º—Que la escritura No. 13 de 26 de agosto de 1862, otorgada en la Villa de Sabanalarga, la más antigua que se aduce como prueba del dominio de los demandantes sobre los terrenos de “Maná” y “Armadillo”, únicamente contiene tal denominación en relación con el inmueble objeto de la transferencia que se pretende hacer por ese Instrumento, sin que se mencione alinderación de ninguna naturaleza, ya que la vendedora Barraza se remite allí a los linderos que constan en los “títulos de compra y herencia de sus padres”, conforme a “pormeñor de los documentos e hijuelas respectivas”, documentos no traídos al proceso.

2º—Que en relación con la escritura No. 21 de 11 de agosto de 1868, otorgada ante el Notario de la Provincia de Sabanalarga, mediante la cual se protocolizan las sentencias de primera y segunda instancia, proferidos —según antes se vio— el 7 de febrero y el 28 de marzo de 1868, respectivamente, por el Juez de la Provincia de Sabanalarga y el Tribunal Superior de Justicia del Estado, en Cartagena, en que se hace la declaración de “que las tierras nombradas “Almadillo” y “Maná”, son apropiadas y pertenecen a los vecinos de Sabanalarga”, y sobre la cual se hace especial hincapié por los apoderados de los demandantes en la primera instancia y en este segundo grado del juicio, con la marcada intención de aducirla como título emanado del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, cabe hacer la misma observación formulada en el numeral anterior al Instrumento público No. 13, esto es, que las sentencias allí protocolizadas se refieren a unos terrenos que se designan únicamente por sus nombres, sin determinación o alinderación de ninguna clase, como quiera que la fundamentación de dichos fallos se remite a documentos y títulos que se tuvieron a la vista entonces, pero que hoy se desconocen y que no

fueron hallados en el Archivo de la Notaría de Sabanalarga, correspondiente al año de 1868, conforme antes se dijo. Tal indeterminación releva a la Corte de entrar al estudio referente a la viabilidad de dicho título respecto del Estado; y

3º—Que la escritura No. 165 de noviembre de 1904, se refiere a la protocolización del testimonio de una escritura pública en la cual consta el ajuste hecho entre Rafael de Escobar y Juan Bruno de Cuento para deslindar unas tierras en jurisdicción de Sabanalarga, el deslinde efectivamente realizado de unas tierras llamadas “Cascabel” y “Armadillo”, es decir de inmuebles diferentes. Del “ajuste” entre particulares de que se trata ni siquiera se puede saber si las tierras a que allí se hace referencia son las mismas que apenas se mencionan por sus nombres en la Escritura No. 21 de 1868.

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto la indeterminación absoluta del inmueble o globo de tierra que, con los nombres de “Maná” y “Armadillo”, se menciona en los títulos escriturarios que se aducen como prueba para demandar una declaración de propiedad sobre los mismos en favor de los actores, visto como ha quedado que en esos Instrumentos no se indica lindero alguno que permita su identificación y determinación, para poderlo distinguir de otro de manera inconfundible.

Verdad es que en la primera instancia se practicó una inspección ocular por el Tribunal del conocimiento, con intervención de peritos ingenieros, quienes en el resumen de su dictamen dicen lo siguiente: “a) Hemos practicado un cuidadoso trabajo tanto sobre el globo de tierra solicitado en el contrato por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo al Gobierno Nacional como sobre el globo de “Almadillo y Maná” con el fin de rendir este informe. b) Como consecuencia y fundados en dichos estudios, conceptuamos que el globo de terreno “Almadillo y Maná” forma parte del de mayores dimensiones solicitado en contrato por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos al Gobierno Nacional; c) El globo de “Almadillo y Maná” tiene una extensión superficiaria de 4.088 hectáreas, lo que es prácticamente lo mismo que ocho (8) caballerías, medida agraria antigua, expresadas en las escrituras que hemos tenido a la vista. d) El globo de “Almadillo y Maná” se encuentra completamente bajo una explotación económica”. Pues-

to en conocimiento de las partes el dictamen pericial, ninguna de ellas lo objeto.

Mas esta localización del expresado globo de terreno y su identificación con el que se menciona y especifica por su situación y linderos en el hecho segundo de la demanda, de nada sirve en el caso actual, precisamente por la indeterminación absoluta del inmueble a que se refieren los títulos presentados por los actores para acreditar el dominio privado que dicen tener sobre el mencionado terreno de “Maná y Armadillo”, y ello es razón suficiente para que la Sala se abstenga de entrar en el estudio de fondo de dichos títulos, ya que sobre el particular y en forma reiterada ha sentado la doctrina de que “lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el título. Y sólo a condición de que tal cosa sea IDENTIFICABLE, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto” (*Gaceta Judicial*, Tomo 53, página 476).

No sobra advertir que la anterior doctrina de esta Sala, si bien es cierto que ha sido sentada en juicios sumarios sobre petróleos, es igualmente aplicable en los ordinarios que, como el presente, entrañan el ejercicio de una clásica acción de dominio, para cuya prosperidad, según doctrina también abundante de la Corte, ha de aparecer plenamente acreditada —como uno de los postulados que configuran tal acción—, la existencia de una **cosa singular**, debidamente determinada, respecto de la cual haya de hacerse la declaración de propiedad impetrada por el demandante.

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, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, CONFIRMA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 16 de septiembre de 1947.

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

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimentá, Secretario.

## ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, POR LESION ENORME

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

Por Decreto número 1653, de 3 de octubre de 1933 fueron destinados al servicio público nacional, para las obras de apertura de las Bocas de Ceniza, construcción del Terminal Marítimo de Barranquilla y servicios anexos, los terrenos baldíos que se encontraran en la zona que el decreto delimitó. Seguramente estaban esas zonas ocupadas en todo o en parte con mejoras de propiedad particular pues se ordenó, en resolución número 77 de 31 de agosto de 1934, iniciar las gestiones judiciales conducentes para expropiarlas por causa de utilidad pública.

Como el señor Juan N. Rondón ocupara el denominado "La Loma" y fuera a expropiarse parte de lo que ocupaba celebró con la Nación, el 28 de mayo de 1935, un contrato en virtud del cual se obligó a permitir que el gobierno entrara en posesión e hiciera ocupar aún con construcciones para el Puerto Marítimo y Fluvial parte del terreno que necesitara siempre que le pagara, de acuerdo con estimación pericial las mejoras allí existentes, precio que fue acordado posteriormente en veinticinco mil pesos (\$ 25.000.00), según se lee en escritura número 1098 hecha en la Notaría Segunda de Barranquilla el 25 de noviembre de 1935 para solemnizar la transferencia de ellas.

Se reservó Rondón el derecho de dominio que pudiera tener en el terreno y la facultad de ocurrir al poder judicial para que se le declarara dueño, declaración que obtuvo en sentencia de 9 de marzo de 1939 pronunciada por esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Procedió entonces el interesado a hacer avaluar el terreno por peritos y en diligencia de 8 de febrero de 1940 le asignaron un valor de doscientos treinta y cinco mil cincuenta y cinco pesos con cincuenta centavos (\$ 235.055.50), estimación que el Ministerio de Obras Públicas halló errada debido a que dentro del justiprecio se había incluido el valor de mejoras adquiridas anteriormente por el Gobierno.

Convinieron al fin el Gobierno y el señor Rondón en fijar como valor del terreno ocupado y de los perjuicios que se hubieran causado con la ocupación y con la ejecución de las obras de Bocas de Ceniza y del Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla la cantidad de ciento setenta y siete mil cuatrocientos ochenta y un pesos, (\$ 177.481.00), suma por la cual se solemnizó la transferencia del dominio en escritura número 1605, hecha en la Notaría 3ª de Bogotá el 23 de junio de 1942.

Por considerar el vendedor haber sufrido lesión enorme y que lo vendido no puede ser objeto de reversión del dominio por hallarse el terreno afecto a un servicio público pide, en libelo de 5 de mayo de 1943 que se ordene a la Nación completar el justo precio con deducción de una décima parte, e intereses legales desde la fecha de la demanda correspondientes a esa mayor suma y, en subsidio que se pronuncie la rescisión de la venta y se señale término para que la Nación a su arbitrio, restituya el terreno o complete el justo precio, previa la deducción dicha, y a pagar intereses legales demandados en la petición principal.

No se observa motivo de nulidad en la tramitación del juicio ordinario que se hizo dilatado y aún voluminoso el expediente por los incidentes surgidos con motivo de los peritazgos.

En síntesis, afirma el demandante que sufrió lesión enorme porque la suma que recibió como precio del terreno vendido, sin tener en cuenta la relacionada con las mejoras, es menor a la mitad del justo precio del terreno al tiempo de celebrarse la compraventa. El objeto de la disputa judicial es, pues, el precio de lo vendido y el del fallo el examen de los elementos probatorios que se refirieran al justo precio.

De los principios abstractos de orden subjetivo y objetivo que fundamentan y justifican la rescisión del contrato por lesión enorme, tiene ahora importancia el último, y especialmente la norma práctica que da el artículo 1947 del C. C. para determinar y para decidir si hay lesión o no en la compraventa.

Se observa que dos de los peritos llamados a dictaminar conceptuaron de manera uniforme y fundada que el justo precio del terreno de que

se trata era, el día en que fue vendido, ciento dos mil quinientos veintiocho pesos (\$ 102.528.00). Y a más de que en el expediente no se encuentra prueba alguna tendiente a contrarrestar la exposición pericial, si se encuentran otras que revelan que el verdadero valor del terreno era menor que la suma que se dio en pago de él.

En efecto, en el juicio de sucesión de la señora Paulina H. de Rondón y donde participó el señor Juan N. Rondón como cónyuge sobreviviente, fue avaluado en diez mil pesos (\$ 10.000.00), el único inmueble rural situado en Barranquilla e inventariado como propio de la sociedad conyugal; que en el catastro de aquella ciudad figura todo el predio de "La Loma" estimado en dieciseis mil pesos (\$ 16.000.00), y que con este último precio figura desde mil novecientos treinta y cinco (1935) hasta mil novecientos cuarenta y dos (1942) relacionado en las declaraciones sobre la renta hechas por el señor Rondón.

Confrontando el precio que se pagó por el terreno en mención con el que legalmente se demostró en el curso del pleito con el que verdaderamente tenía al tiempo del contrato, resulta no solamente que no hubo lesión sino que la Nación pagó setenta y cuatro mil novecientos cincuenta y tres pesos

(\$ 74.953.00) más de lo que el terreno valía. De ahí que el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúe que si la Nación no fuera respetuosa de los contratos que en su nombre se celebran, tendría ella mayor razón para quejarse por lesión enorme.

Si ahora no se hace especial condenación en costas obedece al hecho de que el perito que nombró la parte/demandante doctor Julio Marengo Romero conceptuó que el precio del terreno era el de cuatrocientos treinta y ocho mil seiscientos siete pesos con veinte centavos (\$ 438.607.20), ocurrencia que no permite afirmar una manifiesta temeridad en el actor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley no hace las declaraciones solicitadas en la demanda materia de esta sentencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



### TERCERIAS. — COADYUVANCIA EN EL PLEITO. — DERECHO DEL ACCIONISTA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA

1.—Por lo pertinente y porque contempla el problema por sus diversos aspectos se estima más importante recordar ahora la doctrina de la Corte sobre coadyuvación en sus dos casos de calificada o litis consorcial y simple, a que se refería el artículo 863 del anterior Código Judicial y a que se refiere el artículo 233 del actual, jurisprudencia citada en el número 681, T. 1; y en el número 2799 del T. 3; Orozco Ochoa Nos. 1380 a 1389, algunas de ellas reproducidas por Ortega Torres, jurisprudencia págs. 81 a 85.

Dicha jurisprudencia que ahora se reproduce y acoge es uniforme en el sentido de que la intervención AD ADYUVANDUM de un tercero solamente puede tener lugar en los casos en que por efectos de la cosa juzgada la sentencia aprovecha o perjudica a quienes no litigaron, casos de excepción al principio de legislación universal consagrada en el artículo 17 del C. C., que el Código Judicial indica en los artículos 475, 476, 477 y 478, y que eran más numerosos en el Código abrogado (artículos 847 a 857).

Todos los casos de coadyuvación en general van condicionados a la existencia de un interés inmediato, directo y vinculado al juicio, o sea un interés jurídico.

Según la Corte, el interés jurídico existe en los siguientes casos, entre otros:

a) Cuando los efectos de la cosa juzgada afectan al tercero favorable o desfavorablemente. Serán ejemplos: la intervención del legatario en el pleito del heredero o la del fiador en el pleito del deudor principal.

b) Cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos por la ley. Estos casos son: en los juicios en que se ventila una acción popular, que produce efectos respecto de terceros, cualquiera de estos puede intervenir; en los negocios de estado civil que producen efectos ERGA OMNES sucede otro tanto; en los asuntos en que se ejercite una acción de nulidad cuando no se cita a las personas a quienes pueda interesar que

se declare la nulidad según lo ordena el artículo 477 del C. J., pueden éstas intervenir y, por último, los acreedores personales pueden intervenir en el pleito de su deudor, ya que a ellos los afecta el fallo en él pronunciado, de acuerdo con el artículo 478 *ibidem*.

c) Cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero. Ejemplos: si el marido que vive en régimen de sociedad conyugal o que no se ha liquidado provisionalmente ésta, es demandado, puede la mujer intervenir en el juicio, pues la sentencia en su caso sería cumplida sobre el caudal común.

d) Cuando la sentencia debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. Por ejemplo, el proceso que se entable entre el donante y el donatario sobre la validez de una donación, la cual contiene una carga a favor de un tercero, o entre el acreedor y el deudor respecto de la existencia de un contrato donde un tercero figura también como acreedor".

Para la motivación de esta providencia es oportuno recordar que, a más de interviniendo adhesivo, de restringido radio de acción y de limitadas consecuencias, puede un tercero intervenir:

a) De manera voluntaria, como en los siguientes casos: tercería en juicio ejecutivo; en los incidentes de oposición al secuestro o porque alegue posesión del bien secuestrado (artículos 1021 y 1023 del C. J.); por oposición a la entrega de una cosa a quien ganó el pleito, (artículos 552, 882 y 1104 *ibidem*); porque se ejercita el derecho de retención, o el derecho a que se incluya una deuda en los inventarios de una sucesión, o porque se insinúe al juez el levantamiento del embargo en el caso del artículo 1011 *ibidem*;

b) De manera forzosa, como por ejemplo, cuando en juicio con acción real o mixta sobre la cosa hipotecada se cita a los acreedores hipotecarios; cuando el demandado en acción de nulidad hace citar a la persona que

designe como interesada (artículo 477 ibidem); en juicio de deslinde cuando se cita a quienes tienen derechos reales principales en el mismo fundo y en el juicio especial de servidumbres (artículos 863 y 873 del C. J.), y

c) Por denuncia del pleito en los casos de los artículos 1989, 1402, 1480 y 2111 del C. C.

2.—El accionista, durante la existencia de la sociedad, sólo tiene un derecho personal mueble o de acreencia sobre los dividendos distribuidos y proporcionales a las acciones poseídas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

Sigue la Nación juicio ordinario contra la Compañía Explotadora del Carare S. A., para que se declare falsa la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, expedida por la Notaría de Vélez, y por consiguiente para que se declare que es dueña del suelo y del subsuelo petrolífero y minero de ese terreno; para que se prohíba hacer allí exploraciones y explotaciones de minas, y para que se ordene cancelar el registro de los títulos de dominio que obran en favor de la sociedad demandada.

En esta segunda instancia pidió el señor Pedro Ignacio Uribe que se le admitiera a coadyuvar la causa de la Compañía Explotadora del Carare S. A. Como fundamento de su petición alega que su patrimonio moral puede ser afectado de manera grave si se hace la declaración de falsedad, y que tiene también interés de orden patrimonial emanado de su calidad de accionista y de comunero o copropietario. En derecho apoya sus pretensiones en el artículo 233 del C. J. que autoriza para intervenir en un juicio a aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia.

En auto de 3 de abril último el Magistrado ponente negó lo pedido, en atención a que la representación legal de la Compañía demandada la tiene su gerente y en el juicio el apoderado que tiene constituido, y porque en ningún caso pueden gestionar en juicio dos o más apoderados de una misma persona. Ese auto fue suplicado oportunamente.

En presencia de lo dispuesto en los artículos 250 y 268 del C. J., 467 y 469 del C. de Co., y 2º y 3º

de la Ley 42 de 1898 los citados fundamentos del auto son de indiscutible legalidad. Seguramente que por tal motivo no los impugna el recurrente, quien sólo se limita a considerar que el problema legal que ha expuesto fue mal planteado en el auto, pues dice a ese respecto: "Yo no fui a buscar una declaración genérica sobre una materia tan traginada como esta de las coadyuvancias en simple derecho procesal. Yo he planteado a la H. Corte la novedosa tesis de la coadyuvancia en el terreno del derecho comercial moderno, y en tratándose de sociedades, así como el no menos espinoso problema de coadyuvancia en tratándose de comunidades. Mas como hubiera forzosa necesidad de partir de la institución en el campo de la ley rutinaria, que es la que consagra como principio general, para luego situar el problema en su estricto terreno, tanto el auto reclamado como los conceptos de quienes intervienen en este incidente se atrincheran en esa zona simplista de la cuestión previa y edifican en ella sus argumentos y razones elementales, dejando virgen e incólume toda la sustancia de mi alegato, hecho que ha de obligarme, en esta oportunidad, ha hacer un nuevo planteamiento de mi tesis, esperando poder ser más comprensible que antes".

Las enunciadas tesis se refieren a la coadyuvación de un socio durante la existencia de la sociedad y a la coadyuvación de un comunero o copropietario durante el estado de indivisión o copropiedad.

En relación con la primera pide que se estudie el contenido del escrito en el cual sustentó la solicitud sobre coadyuvación porque, agrega, las tesis allí expuestas no fueron rebatidas ni siquiera discutidas por quienes opinaron antes de producirse el fallo del cual reclama. La síntesis de lo relacionado en la citada tesis se halla en los siguientes apartes: "... Hoy es tesis aceptada por la moderna doctrina jurídica comercial y por la jurisprudencia especialmente la francesa, que al lado de las acciones sociales, *ad universi*, o sea aquella que interesa a la sociedad o al conjunto de sus miembros y que tienen por objeto mantener, reconstruir o aumentar el activo social, caracterizándose por una unidad de causa, de objeto o de resultados, existen las acciones propias del socio, *ut singuli*, que no interesan sino a uno o varios asociados, pero de una manera distinta y desigual y que tienden a la reparación de un perjuicio o daño particular, material o moral". "Tan abusiva del derecho sería la jurisprudencia que concediera o reconociera la acción de socio a todos los accionistas,

sin distingo de motivos, como la que la rechazara o negara a quienes sí pueden y deben ejercerla porque su objetivo ni es dañado ni es injusto. Este evento no se compaginaría con la presencia del derecho en los estados democráticos, en que se garantizan los intereses legítimos de todas las minorías. Así lo aceptan las jurisprudencias y doctrinas francesa, belga, suiza, brasilera, etc. Así lo consagrará la colombiana inspirada en los más puros ideales del derecho". Y en su entusiasmo por ver acogida la doctrina que denomina novedosa, pide que se lea lo que al respecto exponen C. Houpin et H. Bosvieux, Lyon Caen et Renault, etc., etc.

Por lo pertinente y porque contempla el problema por sus diversos aspectos se estima más importante ahora recordar la doctrina de la Corte sobre coadyuvación en sus dos casos de calificada o litis consorcial y simple, a que se refería el artículo 863 del anterior Código Judicial y a que se refiere el artículo 233 del actual, jurisprudencia citada en el número 681, T. 1; y en el número 2799 del T. 3; Orozco Ochoa No. 1380 a 1389, algunas de ellas reproducidas por Ortega Torres, jurisprudencia, páginas 81 a 85.

Dicha jurisprudencia que ahora se reproduce y acoge es uniforme en el sentido de que la intervención *ad adjuvandum* de un tercero solamente puede tener lugar en los casos en que por efectos de la cosa juzgada la sentencia aprovecha o perjudica a quienes no litigaron, casos de excepción al principio de legislación universal consagrado en el artículo 17 del C. C., que el Código Judicial indica en los artículos 475, 476, 477 y 478, y que eran más numerosos en el Código abrogado (artículos 847 a 857).

Todos los casos de coadyuvación en general van condicionados a la existencia de un interés inmediato, directo y vinculado al juicio, o sea a un interés jurídico.

Según la Corte, el interés jurídico existe en los siguientes casos, entre otros:

a) Cuando los efectos de la cosa juzgada afectan al tercero favorable o desfavorablemente. Serían ejemplos: la intervención del legatario en el pleito del heredero o la del fiador en el pleito del deudor principal.

b) Cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos por la ley. Estos casos son: en los juicios en que se ventila una acción popular que produce efectos respecto de terceros, cualquiera de estos puede intervenir; en los negocios de estado civil que producen efectos *erga omnes* sucede otro tanto; en los asuntos en

que se ejercite una acción de nulidad cuando no se cita a las personas a quienes pueda interesar que se declare la nulidad según lo ordena el artículo 477 del C. J., pueden éstas intervenir y, por último, los acreedores personales pueden intervenir en el pleito de su deudor, ya que a ellos los afecta el fallo en él pronunciado, de acuerdo con el artículo 478 *ibidem*.

c) Cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero. Ejemplos: si el marido que vive en régimen de sociedad conyugal o que no ha liquidado provisionalmente ésta, es demandado, puede la mujer intervenir en el juicio, pues la sentencia en su caso sería cumplida sobre el caudal común.

d) Cuando la sentencia debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. Por ejemplo, el proceso que se entable entre el donante y el donatario sobre la validez de una donación, la cual contiene una carga a favor de un tercero o entre el acreedor y el deudor respecto de la existencia de un contrato donde un tercero figura también como acreedor.

Para la motivación de esta providencia es oportuno recordar que, a más de interviniente adhesivo, de restringido radio de acción y de limitadas consecuencias, puede un tercero intervenir:

a) De manera voluntaria, como en los siguientes casos: tercería en juicio ejecutivo; en los incidentes de oposición al secuestro o porque alegue posesión del bien secuestrado (artículos 1021 y 1023 del C. J.); por oposición a la entrega de una cosa a quien ganó el pleito, (artículos 552, 882 y 1104 *ibidem*); porque se ejercita el derecho de retención, o el derecho a que se incluya una deuda en los inventarios de una sucesión, o porque se insinúe al juez el levantamiento del embargo en el caso del artículo 1011 *ibidem*;

b) De manera forzosa, como por ejemplo, cuando en juicio con acción real o mixta sobre la cosa hipotecada se cita a los acreedores hipotecarios; cuando el demandado en acción de nulidad hace citar a la persona que designe como interesada (artículo 477 *ibidem*); en juicio de deslinde cuando se cita a quienes tienen derechos reales principales en el mismo fundo y en el juicio especial de servidumbres (artículos 863 y 873 del C. J.), y

c) Por denuncia del pleito en los casos de los artículos 1989, 1402, 1480 y 2111 del C. C.

Se observa que el recurrente no está en ninguno de los casos que dan derecho a coadyuvar. En efecto, alega interés moral, porque dice, sería afecta-

do gravemente si se llegara a hacer la declaración de falsedad pedida en la demanda. Pero como no fue parte en el supuesto crimen, pues no actuó en la expedición de la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, ni en la protocolización que de ella se hizo por medio de la escritura número 768 otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 27 de mayo de 1921, cualquiera que sea la resolución respecto a falsedad, la integridad moral del señor Uribe permanecerá incólume.

Se alega el interés pecuniario que al peticionario le corresponde como accionista de la sociedad demandada. Este interés tampoco es actual, directo e inmediato y vinculado al juicio: porque el accionista, durante la existencia de la sociedad, sólo tiene un derecho personal mueble o de acreencia sobre los dividendos distribuidos y proporcionales a las acciones poseídas; y el derecho real de dominio en el inmueble que la Nación reivindica está incorporado al patrimonio social y por tanto pertenece a la sociedad, persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 2079 del C. C.). La calidad de derecho mueble de la acción social la aceptan los tratadistas (F. Vélez, Moreno Jaramillo, etc., etc.), y está expresamente consagrada como doctrina legal en los artículos 529 del Código Civil francés, 418 del italiano, 376 del portugués, etc.

Se alega un derecho de comunero o copropietario. El recurrente no dice si corresponde a comunidad o a copropiedad el pacto adicional que cita y que fue elevado a escritura pública en la número 3150, hecha en la Notaría 2ª de Bogotá el 11 de diciembre de 1941, ni es indispensable ahora determinar la fisonomía jurídica de ese contrato y si es nominado o innominado. Basta notar que individualmente considerados no son materia de este juicio todos o alguno de los bienes relacionados con ese pacto adicional y que, por tanto, el peticionario no tiene por ese aspecto interés jurídico en este pleito.

Por similitud se refiere el recurrente a lo que puede pasar en el litigio de bienes de una sociedad ordinaria de minas con la intervención de un condueño. Pero es que olvida que para la presente decisión no hay necesidad de recurrir a interpretaciones analógicas, porque hay disposiciones legales expresas para el caso que aquí se contempla, y que una sociedad ordinaria de minas deja de ser tal desde el momento en que se la formaliza como sociedad anónima y que, por tanto, a la Compañía Explotadora del Carare S. A., no se podrían aplicar sino como supletorias de voluntad las disposiciones sobre sociedad ordinaria de minas.

Se cita la sentencia de casación civil, de 1º de marzo de 1945, que aceptó la coadyuvancia de la mujer casada en una acción instaurada por su marido como representante de la sociedad conyugal. Como antes se dijo, en esos casos se trata de patrimonio perteneciente a ambos cónyuges, circunstancia que hace que no guarde similitud con el interés del accionista peticionario.

Indudable es la orientación del derecho moderno, en relación con la sociedad anónima: poner al accionista a cubierto de la arbitrariedad de la asamblea general o reunión de socios, o de las mayorías ocasionales de la junta directiva o administrativa y, en general, de sacar la sociedad de un simple autocontrol y someterla a un control estatal del cual puedan valerse los accionistas perjudicados. Pero por novedosa que sea esa orientación de las doctrinas legales, de los tratadistas o de los tribunales de otros países, están ahora fuera de lugar porque existe entre nosotros estatuto legal, de forzosa aplicación, que sirve para resolver el caso recurrido.

Por lo expuesto, la Sala CONFIRMA el auto suplicado.

Belisario Agudelo D. — El Conjuez, Manuel Cabianca. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Jorge García M., Of. Mayor.

## ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS

1.—La acumulación de acciones y la de autos obedecen a los mismos principios de economía procesal y, por tanto, cuando esta última no sería viable, caso de haberse intentado por separado los juicios, tampoco puede tener lugar aquella en una misma demanda.

2.—Si la causa o título de la tenencia de cada uno de los demandados es diferente no pueden acumularse las acciones que contra ellos se ejerzan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, siete de abril de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Ante el Tribunal Superior de Cali presentó demanda especial el señor Fiscal 1º de esta Corporación, debidamente autorizado por el Gobierno Nacional, para que se ordenara a los señores Jesús Valencia y Mario Borrero restituírle a la Nación sendas parcelas de terreno de su propiedad que venían ocupando a título precario. Con la demanda se acompañó un memorial dirigido al señor Ministro de Correos y Telégrafos el 5 de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco por el señor Valencia, en el cual éste reconoce que dicho Ministerio lo autorizó para ocupar un lote de terreno nacional en Puerto Mallarino, primero en 1937 y después en 1943, como también que para la fecha del memorial ya había sido requerido para la desocupación de dicho lote. En cuanto al terreno ocupado por el demandado Borrero, no se presentó ninguna prueba sobre el origen o causa de esa ocupación.

El Tribunal negó la admisión de dicha demanda por providencia de diez y nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, fundándose principalmente en que no era viable la acumulación de

acciones propuesta por el señor Fiscal, por tratarse de dos terrenos distintos y no basarse la ocupación de cada demandado en un mismo título o causa de pedir, según las propias circunstancias indicadas en el libelo.

Del auto de inadmisión de la demanda apeló el señor Fiscal. Y como ya se han surtido en esta Sala los trámites de rigor, se procede a resolver sobre su legalidad mediante las siguientes consideraciones:

Como lo observa el Tribunal, respecto del terreno que se dice ocupado por el señor Mario Borrero, no se presentó con la demanda ninguna prueba demostrativa del derecho a la restitución. No se dio la prueba del título o causa de la tenencia de ese terreno, ni se demostró que había llegado el tiempo de restituirlo. No se cumplió, pues, con lo previsto en el artículo 1115 del C. J., en relación con el 1104 de la misma obra.

Pero sobre todo, se trata aquí de acciones que no se pueden acumular en una misma demanda, como lo sostiene con muy buenas razones el a quo. Si la causa o título de la tenencia de cada uno de los demandados es diferente, según se desprende de la propia demanda, no se trata ahora del caso contemplado en el numeral 4º del artículo 398 del C. J. Como no habría cabido por lo dicho la acumulación de autos, de haberse intentado juicios separados contra Jesús Valencia y Mario Borrero, síguese que tampoco es posible la acumulación de acciones propuesta en la demanda por el señor Fiscal, ya que una y otra acumulación obedecen a las mismas razones de economía procesal.

Por lo tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto apelado.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

**La presunción de culpa, que existe contra quien realiza actividades que envuelven especial peligro para los demás, desaparece cuando se prueba plenamente el hecho de que la actividad de la víctima que padeció el daño fue la causa del mismo.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril diecinueve de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En debida forma aparece surtida la tramitación de la segunda instancia en el presente asunto, instaurado ante el Tribunal Superior de Medellín por el señor Antonio Zuleta contra el Departamento de Antioquia, representado por su Gobernador. En tal virtud, esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, procede a dictar fallo definitivo, previas las consideraciones que en seguida se relatan:

“Entre las siete y ocho de la noche del trece de enero de mil novecientos cuarenta y seis iba de Medellín hacia Belén, Nicolás Londoño Restrepo, manejando el carro Pontiac de placa número 1.000 de propiedad de Antonio Zuleta, según él lo afirma, ocupado con pasajeros, y al ascender de la carrilera del Ferrocarril al puente de Guayaquil se apagó el carro y quedó en la carrilera en momentos en que se acercaba el tren. Ante la imposibilidad para el chofer y para Sigifredo Vélez de sacar el carro tuvieron que abandonarlo, así como la mayor parte de los pasajeros. El tren empujó el carro hacia el lado del río y lo dejó contra uno de los muros con serios desperfectos que los declarantes no pormenorizan ni fueron bien conocidos, porque después de llevar los heridos a la policlínica y levantadas por las autoridades las correspondientes diligencias, el carro se incendió y quedó en cenizas debido a que alguno de los que bregaban por sacarlo arrojó un fósforo a la gasolina que se había derramado y produjo el incendio”.

La síntesis anterior, que bien puede calificarse de acertada, da una idea clara de lo ocurrido en la noche del trece de enero de 1946 en el puente

de Guayaquil, y es parte de la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín, sobre la cual se pronunciará definitivamente esta Sala.

El actor Antonio Zuleta S., apoderó para efectos de la acción instaurada al doctor Daniel Valois Arce, y ajustándose a la ley procedimental en el enjuiciamiento por la vía ordinaria, de mayor cuantía, solicitó resolución y decisión de lo siguiente:

“1º—El Departamento de Antioquia es civil y extracontractualmente responsable del daño sufrido por el actor con motivo de la destrucción del vehículo automotor (automóvil) distinguido antes con el número 1.000, marca Pontiac, bicolor, hecho ocurrido en el puente de Guayaquil de esta ciudad el día 13 de enero de 1946.

“2º—En consecuencia se condena al Departamento de Antioquia a pagar al demandante el valor de aquellos perjuicios incluyendo el lucro cesante y el daño emergente —en la cuantía que se fijará pericialmente en el curso del juicio o en diligencias posteriores, previas al cumplimiento de la sentencia”.

Son afirmaciones de la misma pieza:

“1.—El día 13 de enero de 1946, cuando el conductor del vehículo automotor (automóvil) señor Nicolás Londoño transitaba dentro del perímetro urbano de la ciudad de Medellín y atravesaba el puente de Guayaquil, en el barrio del mismo nombre, un tren accionado por la locomotora número 8 y perteneciente al Ferrocarril de Antioquia, atropelló y destrozó dicho vehículo que es el mismo descrito en el punto primero de las peticiones demandadas.

“2.—El accidente ocurrió por imprevisión, descuido o impericia del maquinista del ferrocarril que ese día llevaba dicho tren y que responde al nombre de Julio C. Carmona, como también por descuido del guardavía que pudo prever el accidente y no lo hizo.

“3.—Este accidente ocurrió en el perímetro urbano de la ciudad de Medellín.

“4.—El Ferrocarril de Antioquia es una empresa pública de transportes de propiedad del Departamento.

5.—El vehículo destruido estaba en perfectas

condiciones de servicio y era explotado comercialmente con evidente éxito económico de parte de su propietario.

6.—Como se presentaron lesionados en el accidente, fue iniciada la correspondiente investigación penal en la que se llegó a la conclusión de la no culpabilidad del chofer Londoño, quien ni siquiera fue detenido en la investigación.

7.—La empresa del ferrocarril no dio cumplimiento exacto a lo estatuido por la Ley 76 de 1920”.

A su vez, el Departamento de Antioquia, apersonado por su Gobernador, entonces el doctor Germán Medina A., presentó demanda de reconvencción contra el señor Antonio Zuleta S., demanda que contempla, entre otros, los siguientes hechos:

“2º—El domingo trece de enero próximo pasado, más o menos a las siete p. m., el maquinista Juan C. Carmona, hábil, experto, prudente y viejo conocedor de su oficio, conducía por la segunda división, la locomotora No. 8 que arrastraba un tren de carga compuesto de catorce unidades cargadas.

“3º—A la fecha y hora mencionadas en el hecho anterior, cuando el tren citado se encontraba un kilómetro más o menos, distante del lugar denominado Puente de Guayaquil, situado en las afueras del área de esta ciudad, con el fin de anunciar su proximidad al lugar indicado, que de suyo es peligroso, el maquinista dio la señal correspondiente, consistente en un pitazo largo, el que oído por el guardavía Isaías Pérez, éste, con el objeto de impedir que en ese momento persona o vehículo alguno atravesara la vía, procedió a poner la cadena correspondiente y a encender las bombillas rojas, indicando así la interrupción del tránsito, y además se colocó en el centro de la esquina provisto de una lámpara de petróleo con la que hacía al maquinista las señales respectivas para que pasara.

“4º—No obstante todas las señales indicativas de la interrupción del tránsito detalladas en el hecho tercero que precede, el chofer Nicolás Londoño, manejando el automóvil de servicio público, con placa número 1.000, de manera imprudente se atrevió en esos momentos a atravesar la vía, pero con tan mala suerte que el automóvil se apagó, obstruyendo la carrilera, y en estas condiciones llegó la locomotora, y a pesar de todas las maniobras ejecutadas por el maquinista para detenerla, no pudo evitar el chocarse contra el automóvil, del que en forma apresurada y vista la proximidad del tren, descendieron el chofer y los pasajeros que llevaba.

5º—Del choque en cuestión, la mencionada locomotora resultó con los siguientes daños: a) Ruptura

del grifo del depósito principal del aire; b) Ruptura de una de las válvulas del tanque para agua; c) Desprendimiento total del pasamanos para subir a la casilla de la máquina, y d) El torcimiento del estribo de la misma, fuera de otros daños de no menos consideración, a más del tiempo durante el cual la locomotora dejó de trabajar o funcionar.

7º—El choque en cuestión por motivo del cual se causaron los daños de que se trata, fue ocasionado por imprudencia, imprevisión, descuido y negligencia del chofer Nicolás Londoño, de quien responde el señor Antonio Zuleta S., como dueño del automóvil, actividad de suyo peligrosa, y en contra de la cual existe presunción de culpabilidad”.

El contrademandante solicitó al H. Tribunal de Medellín que, en sentencia firme, se hicieran las siguientes declaraciones:

“1ª—El señor Antonio Zuleta S., en su calidad de dueño del automóvil distinguido con placa No. 1000 de servicio público, es civil y extracontractualmente responsable de los daños sufridos por el Departamento de Antioquia, en su empresa del Ferrocarril de Antioquia, con ocasión de las averías con que quedó la locomotora No. 8, de propiedad de la empresa citada, a consecuencia del accidente motivado el 13 de enero del año que corre de 1946, como a las siete p. m., por el chofer del automóvil ya indicado, en el sitio o lugar denominado “Puente de Guayaquil”, en las afueras de la ciudad.

“2ª—En consecuencia, el demandado Zuleta S., debe pagarle al Departamento de Antioquia, en su empresa del Ferrocarril del mismo nombre, el valor de los perjuicios causados, con inclusión del lucro cesante y el daño emergente, en la cuantía que por medio de peritos se demuestre en este juicio, o por el procedimiento que enseña el artículo 553 del C. J., pago que debe hacer dentro del término de la ejecutoria de la sentencia, y

3ª—Asimismo, debe pagarle al Departamento, en su empresa del ferrocarril, las costas del presente juicio”.

Por una parte, el actor Zuleta señala como responsable del accidente al Departamento de Antioquia, dueño del ferrocarril del mismo nombre, mediante la imputación de culpa al maquinista y guardavía actuantes en el momento del hecho, según se desprende de la afirmación 2ª de la demanda inicial, anteriormente transcrita. Por la otra, es al empleado (chofer) del señor Zuleta a quien el Gobernador de Antioquia, en representación del Departamento, inculpa. “Aparece aliviada —dice el contrademandante— la imprudencia, descuido, imprevisión y negligencia del empleado del actor

Zuleta, quien debe ser condenado de acuerdo con la demanda de reconvección....”.

El Honorable Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha diez de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, puso fin a la primera instancia declarando en la parte resolutive de su fallo: “Por lo expuesto el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no hace las declaraciones solicitadas en la demanda principal y en la de reconvección. Sin costas”.

Surtidas las notificaciones de rigor, fue solamente el apoderado del señor Antonio Zuleta quien apeló de la sentencia. Tácitamente, pues, la Empresa del Ferrocarril de Antioquia se conformó con el contenido de la citada sentencia; razón por la cual esta Sala de la Corte circunscribe su tarea al estudio del recurso interpuesto por el actor Zuleta.

Se procede al análisis de las declaraciones, única prueba aportada por los litigantes. Ambas partes las llevaron al juicio con la circunstancia de que ellas resultaron contradictorias entre sí algunas; y totalmente carentes de valor probatorio otras, por ser de testigos de referencia, cuyas declaraciones, al tenor de lo dispuesto por el artículo 698 del C. J., no tienen fuerza sino cuando recaen “sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública”. Pero en relación con las declaraciones que merecen calificación, se contempla el caso previsto en el artículo 702 del código citado, que a la letra dice: “Cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez, atendiendo a las condiciones de aquellas y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o, si para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones”. Y es el caso de aplicar la parte final del artículo inmediato, es decir, de fallar prescindiendo de las declaraciones, que sobre el particular ninguna orientación prestan.

Sin embargo, no sobra aquí una síntesis de las pruebas aportadas:

Por parte de Antonio Zuleta, dentro de la primera instancia, fueron llevados a declarar Jesús María Giraldo, Antonio Espinel R., y Carlos Muñoz, quienes no presenciaron el accidente; y Sigifredo Vélez, Manuel Fernández, Juan B. Rodríguez Rojas y Jaime Cañas, testigos presenciales.

Sigifredo Vélez, quien se apresuró a auxiliar al chofer del accidente, cita palabras de éste: “el chofer de dicho automóvil me dijo que él intentó pasar porque no vio la cadena antes de meterse a la vía, y que cuando ya vio la cadena, intentó devolverse....”.

Juan B. Rodríguez, agente de la Policía Municipal, asevera que estando de servicio en el puesto 65 (Puente de Guayaquil) “se presentó un automóvil que intentó cruzar la vía para atravesar el dicho puente en dirección hacia Belén; pero al ver que estaba la cadena puesta, intentó devolverse pero al retroceder a la carrilera del tren el carro se apagó....”.

Por último, Jaime Cañas, también agente de policía, y acompañante de Rodríguez Rojas en el sitio y momento del accidente —según declaración de éste— coincide con el dicho de su compañero y agrega que el incendio del automóvil se debió a que “a poco alguno tiró un fósforo incendiando la gasolina y el carro quedó totalmente quemado”.

Llevados por la empresa inicialmente demandada, y dentro de la instancia en cuestión, declararon la mujer de nombre Ilduara Restrepo y los señores Nicolás Vélez Gil, José Mario Castro y Luis Acevedo Molina, obrero del ferrocarril éste último. Estos, testigos presenciales todos, coincidieron en declarar que el guardavía cumplió a cabalidad con las obligaciones del caso: poner la cadena, encender bombillas rojas y salir a la vía, lámpara en mano, a dar las señales convencionales.

En esta segunda instancia y dentro de las pruebas pedidas por el demandante, obra, además, la declaración del señor Alfonso Ochoa, quien tampoco presenció el accidente.

Del hecho que no parece quedar duda, es de la existencia de la cadena en el momento del accidente. Y con él, como lo anota el señor Gobernador de Antioquia, queda demostrado que la Empresa del ferrocarril cumplió con la obligación que le impone la letra f) del artículo 26 de la Ley 76 de 1920. No obstante esto, queda en pie la omisión de las luces rojas, que si no son exigidas por la ley citada sí se tienen, generalmente, por los entendidos en asuntos de tránsito y por el común de las gentes, como elementales y tradicionales medidas de prevención.

No existe base alguna para la valoración de los perjuicios que la locomotora ocasionó al automóvil, “pues éste se incendió y consumió mucho después del choque y por causas que si apenas pueden conjeturarse, se sabe que no fueron provenientes de actos del maquinista, sino de terceros cuyos

nombres se ignoran". Ni existe tampoco prueba sobre el propósito que hubiera podido tener el conductor del automóvil para forzar el paso con conocimiento del aviso de peligro, ocasionando con ello, no sólo su propio daño sino también desperfectos a la locomotora. Pero no es aventurado concebir, como lo anota el H. Tribunal, "que la habilidad del maquinista contribuyó a aminorar el choque, pues si no hubiera contenido el tren, el automóvil no hubiera sido simplemente arrojado al lado del puente, sino "embolillado" por aquél, como gráficamente lo expresa uno de los declarantes".

Refiriéndose al chofer y para negar que en él existiera el ánimo de forzar el paso, dice el H. Tribunal Superior de Medellín: "ni aparece la prueba de semejante propósito desatentado, por decir lo menos, ni que el chofer hubiera perversamente apagado el carro; los carros automotores dejan de funcionar muchas veces sin voluntad y frecuentemente contra la voluntad de quienes los manejan...". En realidad que esta aseveración relieves en grado sumo la culpa del chofer en cuestión; ya que éste, como conocedor de su oficio y como familiarizado con las imprevistas fallas de los automotores —como es de suponerlo—, estaba obligado, con mayor razón ante peligro tan inminente, a usar de mayor prudencia y cuidado al acercarse al paso-nivel.

En una, la presunción de culpa en el maquinista que manejaba la locomotora, desaparece ante el hecho establecido de haber sido la imprudencia con que procedió el chofer que actuaba sobre el automóvil, la causa determinante del accidente que

dio por resultado los daños que se dice sufrió el vehículo, daños que por otra parte no fueron acreditados en el proceso y ello es razón suficiente para confirmar el fallo absolutorio, materia del recurso.

Además, según quedó visto, la destrucción del automóvil no aparece determinada por actividades propias del maquinista de la locomotora, sino por efecto de las de un tercero desconocido al arrojar imprudentemente un fósforo encendido produciéndose la inflamación de la gasolina y consecuentemente el incendio y destrucción del vehículo, es decir no aparece establecida la relación de causalidad del choque de la locomotora con el automóvil y el efecto o destrucción de éste.

En mérito de lo relacionado, ante la deficiencia probatoria de que adolece el juicio, y por las razones expuestas, esta 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 el fallo de fecha diez de marzo de mil novecientos cuarenta y siete, dictado por el H. Tribunal Superior de Medellín, en la parte que ha sido objeto del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — El Conjuez, León Cruz Santos. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

## INFLUENCIA DE LA DEMANDA EN EL JUICIO. — CONTRATO DE TRABAJO. — CONTRATO DE TRANSPORTE

1.—La demanda es la base obligada del juicio y de la sentencia, y la acción no puede ser contemplada sino teniendo en cuenta los hechos aducidos en el libelo, de tal suerte que en el curso del debate no puede cambiarse la situación del mismo, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en el libelo.

2.—Según la ley 6ª y el Decreto 2127, ambos de 1945, (artículos 1º y 2º) el contrato de trabajo existe desde que hay prestación de servicio personal, bajo una continuada dependencia o dirección y mediante un salario o remuneración.

3.—El contrato de trabajo y el de transporte son dos instituciones jurídicas distintas, regidas por disposiciones legales propias de cada una de ellas y de consecuencias diversas: en el primer caso basta la prueba del hecho del accidente, acaecido en el trabajo o con ocasión de él, y de la lesión o daño con la debida relación de causalidad, para que haya derecho a cobrar los correspondientes perjuicios cuando se trata de patrón o empresario obligado a pagarlos; en el segundo caso se trata de la falta de cumplimiento oportuno y completo de la obligación que a favor de otro se ha contraído en virtud de la celebración de un contrato. Por eso no se puede trasladar el orden de ideas que predomina en la legislación del trabajo al terreno de la culpa contractual como bastante para exigir indemnización por incumplimiento de un contrato de transporte sin evidenciar la existencia de éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Belisario Agudelo D.)

Se refiere en el libelo de 23 de marzo de 1943, que el señor Joaquín E. Tobón trabajaba como frenero en el tren que en la mañana del 18 de abril

de 1940 hacía el recorrido de Medellín a Puerto Berrío y que en el momento en que Tobón se agachó a examinar el freno del vagón topó contra un pontón que hay entre las estaciones de Copacabana y Ancón, se fracturó el cráneo contra él y sufrió por tal motivo una lesión que le produjo completa invalidez para trabajar.

Por culpa probada o presumida se le cobran perjuicios al Departamento de Antioquia, dueño de la aludida empresa ferroviaria. Se hace derivar la culpa del incumplimiento del contrato de transporte que conlleva la obligación para el transportador de conducir a su destino salvos y sanos a los operarios del tren entre quienes se contaba el actor. Al respecto se lee en la narración de los hechos fundamentales:

“5º—Es un hecho que siendo el señor Tobón trabajador (frenero) del ferrocarril de Antioquia, entre los dos existía un contrato en el cual estaba comprometido Tobón a prestar el servicio de frenero y el ferrocarril a conducirlo, sano y salvo, al lugar de su destino que lo era Medellín o Puerto Berrío según la dirección (sic) llevase el tren; 6º—Tobón, por su parte, cumplió a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones como trabajador de la empresa y en particular como frenero de la misma ya que, como se dijo, era un magnífico trabajador y así lo reconocen expresamente sus respectivos superiores. 7º—El día 18 de abril del año de 1940, yendo (sic) de Puerto Berrío para Medellín, entre los lugares de Ancón y Copacabana, el señor Tobón sufrió un accidente consistente en que, al agacharse para examinar un freno, recibió un fuerte golpe al chocar la cabeza contra un pontón; golpe éste que lo arrojó a gran distancia, desde luego, derribándolo del tren en que (sic) venía, ocasionándole una fractura del cráneo y en virtud de lo cual el señor Tobón, en definitiva, quedó completamente inválido para toda clase de trabajo y esto de manera vitalicia como lo dicen todos los médicos que lo han tratado inclusive los mismos del ferrocarril; 9º—Es otro hecho claro que semejante ocurrencia entraña para el ferrocarril una verdadera culpa ya sea ella probada o presumida como lo tiene establecido la jurisprudencia

nacional y que en virtud de dicha culpa debe ser condenado a los respectivos perjuicios”.

La acción se apoya en los títulos 1º, 12 y 13 y en el artículo 2070 y siguientes del Código Civil.

Solamente en la primera instancia pidieron pruebas ambas partes litigantes. Entre las practicadas figuran las declaraciones de tres testigos presenciales que en lo que se relaciona con el hecho del accidente de trabajo y con las circunstancias en que se produjo dicen así:

Manuel Villa Zuleta: “b) Es cierto que en la mañana del día 18 de abril de 1940, más o menos a las 7 de la mañana de dicho día en el tren que iba de Medellín a Puerto Berrío en el punto comprendido entre Ancón y Copacabana, el señor Tobón sufrió un accidente estando desempeñando el puesto de frenero y en calidad de tal sufrió ese accidente, en mi concepto no hubo imprudencia de parte del señor Tobón puesto que su mismo destino lo obligó a ello”. Efrén Villa Londoño: “Es cierto que el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta en las horas de la mañana, entre las siete y las ocho en el tren que iba de Medellín a Puerto Berrío en el punto comprendido entre Ancón y Copacabana, el señor Tobón sufrió un accidente estando desempeñando el puesto de frenero y en calidad de tal sufrió ese accidente, en mi concepto el señor Tobón no tuvo culpa porque por cumplir muy al pie de la letra con el reglamento que dice el cuidado y la diligencia que debe tener el trabajador con el oficio encomendado, a veces obliga a ese trabajador a sacrificarse. c) Cuando dicho suceso aconteció yo iba sentado en los carros de adelante pero sobre el techo”. Roberto Cano Jiménez: “b) Es cierto que el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta en las horas de la mañana, entre las siete y las ocho en el tren que iba de Medellín a Puerto Berrío en el punto comprendido entre Ancón y Copacabana, el señor Tobón sufrió un accidente estando desempeñando el puesto de frenero y en calidad de tal sufrió ese accidente, en mi concepto, él no tuvo culpa de ninguna clase, pues cuando ocurrió el accidente él estaba controlando los frenos y no pudo observar el puente que estaba cerca. c) Cuando sucedió el accidente yo estaba apretando el freno cuando vi que cayó el señor Tobón”.

Los demás declarantes confirman los conceptos sobre la peligrosidad en la labor que corresponde a los freneros en los trenes, ya que tienen que pasar de un carro a otro, manejar frenos de mano y válvulas de retención que están situadas encima de ellos y pasar por debajo de pontones.

Aun cuando el ingeniero Isaías Cuartas afirma que “el oficio de frenero siempre ofrece sus peligros pero no es cierto que los freneros tengan que estar saltando de un carro a otro porque el frenero tiene su puesto fijo y determinado donde debe permanecer quieto y tampoco es cierto que tengan que pasar por debajo de pontones” se observa que el mismo demandante confiesa que el golpe lo recibió no porque anduviera de carro en carro o sobre alguno de ellos sino al agacharse a examinar un freno, lo que implica que para chocar con el pontón tuvo que sacar la cabeza fuera de la protección normal del carro o vagón. Los otros elementos probatorios que existen en el expediente se refieren a las graves consecuencias del golpe, al pago de lo que Tobón cobró por accidente de trabajo, a que es casado y padre de varios hijos legítimos y a que observa buena conducta.

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de doce de marzo de 1946, materia ahora de revisión, negó las declaraciones pedidas, y consideró él que a pesar de ser cierto que en caso de culpa comprobada del patrono tiene el trabajador derecho a cobrar perjuicios, descontando lo que hubiera recibido por concepto de trabajo, resulta que el actor no había probado que en el instante del accidente hubiera estado forzosamente obligado a obrar como obró y no en forma distinta, razón por la cual aparecía falta de precaución y de cuidado, que hacía innecesario entrar a definir si el trabajador de una empresa de transporte que interviene en la marcha del convoy está colocado en la misma situación jurídica de quien va en él como simple pasajero.

Uno de los Magistrados salvó voto, porque en su concepto el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de responsabilidad que tiene como consecuencia que el daño “pueda imputarse” y que el autor, empresario o dueño de las cosas que lo produjeron quede obligado a responder. Agrega que por haber construido un puente cuya estructura ofrecía el peligro de que acaeciera el hecho de que trata este juicio resulta evidente por lo menos una culpa **in negligendo** por parte de la empresa demandada.

De los hechos fundamentales transcritos y de las citas de disposiciones legales en que la ley se apoya resulta evidente el propósito de la parte actora de plantear un caso de responsabilidad por culpa contractual, pues la indemnización que cobra obedece a que Tobón cumplió sus obligaciones de frenero y de que la parte demandada no cumplió las

que correspondían de conducirlo sano y salvo al lugar de destino o terminal del viaje.

El fallador de la primera instancia debió estudiar el problema legal desde el punto de vista contractual y no como un caso de culpa aquiliana o extracontractual pues, se repite, esa es la base jurídica del litigio. Y debió circunscribirse a ese estudio porque la demanda es la base obligada del juicio y de la sentencia, y la acción no puede ser contemplada sino teniendo en cuenta los hechos aducidos en el libelo, de tal suerte que en el curso del debate no puede cambiarse la situación del mismo, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en el libelo.

De la relación que se hizo de la prueba que existe en el expediente se concluye, de manera también evidente, que el interesado en la prosperidad de la acción dejó sin prueba el hecho fundamental que alega, basado en el artículo 2070 del C. C., o sea que el Departamento de Antioquia se hubiera comprometido a transportarlo sano a lugar alguno.

Está probado que Tobón iba en el convoy en virtud de un contrato de trabajo pero no de transporte. Según la Ley 6ª y el Decreto 2127, ambos de 1945, (artículos 1º y 2º) el contrato de trabajo existe desde que hay prestación de servicio personal, bajo una continuada dependencia o dirección y mediante un salario o remuneración. Esos tres requisitos concurrían en el caso de Tobón y la empresa ferroviaria y seguramente que por tal motivo ésta pagó a aquél lo que debía por el accidente de trabajo. Pero ese orden de ideas que predomina en la legislación del trabajo no se puede trasladar

al terreno de la culpa contractual como bastante para exigir indemnización por incumplimiento de un contrato de transporte sin evidenciar la existencia de éste, pues son dos instituciones jurídicas distintas, regidas por disposiciones legales propias de cada una de ellas y de consecuencias diversas: en el primer caso basta la prueba del hecho del accidente, acaecido en el trabajo o con ocasión de él, y de la lesión o daño con la debida relación de causalidad, para que haya derecho a cobrar los correspondientes perjuicios cuando se trata de patrón o empresario obligado a pagarlos; en el segundo caso se trata de la falta de cumplimiento oportuno y completo de la obligación que a favor de otro se ha contraído en virtud de la celebración de un contrato.

Por el hecho de llegarse a la misma conclusión a que llegó el Tribunal de la primera instancia en virtud de distintas consideraciones, no habrá condenación en costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo apelado.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Eleuterio Serna R. — Belisario Agudelo D. — Germán Alvarado. — Luis A. Flórez. — Luis Rafael Robles. — Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.



## I N D I C E

PAGS.

PAGS.

## SALA PLENA

Características jurídicas de la Ley Orgánica del Presupuesto.—Se declara inexecutable el artículo 45 de la Ley 60 de 1946. — Demandante: Oswaldo Rengifo. — Magistrado ponente, doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola ... 569

Aclaración de los Honorables Magistrados doctores Eleuterio Serna R. y Víctor Cock al fallo anterior ..... 573

Salvamento de voto de los Honorables Magistrados doctores Ramón Miranda, Ricardo Hinestroza Daza, Pedro Castillo Pineda y Agustín Gómez Prada al mismo fallo ..... 574

Salvamento de voto del Magistrado doctor Anibal Cardoso Gaitán al fallo anterior ... 579

Exequibilidad del proyecto de ley "por la cual el Gobierno nacional propende a la terminación de la segunda y tercera plantas de la Casa Nacional del Periodista en Cartagena. — Se declaran exequibles los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del proyecto objetado. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. 584

Exequibilidad del proyecto de ley "Por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario" (Municipio de Plato):—La participación que tienen los municipios y los departamentos en la renta de explotación de hidrocarburos no es un auxilio. — Se declaran exequibles los artículos 1º y 6º del proyecto mencionado. — Magistrado ponente, doctor Alejandro Camacho Latorre ..... 587

Demanda de inexecutable de varios artículos de la Ley 83 de 1946. — Se rechaza la demanda presentada por el señor Guillermo Serrano Uribe contra la referida ley. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 592

Inexecutable de los artículos 3º, 5º, 6º y 8º del proyecto de ley "por la cual se nacionaliza el reformatorio de menores y escuela de trabajo de la ciudad de Cúcuta y se dictan otras disposiciones". — Se declaran inexecutable las disposiciones objetadas por el Ejecutivo. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda ..... 594

## SALA DE CASACION CIVIL

Acción de indemnización de perjuicios. — Responsabilidad civil contractual y extracontractual. — Condena en costas. — Corrección de la demanda de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Juan Porras contra la empresa "Sintrabordos". — Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales ..... 598

Acción de filiación natural.— Formas que puede asumir el reconocimiento de la paternidad natural. — A que se reduce el juicio estimativo de la confesión escrita de dicha paternidad. — Interés que se requiere para poder ejercer la acción de impugnación de un reconocimiento de paternidad natural. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Matilde Rodríguez Mendoza contra José del Carmen y Teresa de Jesús Cely. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca ..... 604

Excepción de petición de modo indebido. — Sociedad conyugal y sucesión. — Su naturaleza jurídica. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por los hijos de Luis M. Estrada y Rosario Rojas contra Suizo Fina y Catalunya J. H. de Fina. — Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales. .... 614

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. No se casa la sentencia proferida por el Tri-

PAGS.	PAGS.		
bunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Carmen González contra Marco A. Orjuela Laverde y otros. — Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez .....	619	rio seguido por Emiliano Fonseca contra Araminta Farfán. — Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez .....	645
<b>Acción de resolución de un contrato y de pago de perjuicios. — Cesión del contrato de arrendamiento.</b> — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por la señora Pastora Mayorga de Pineda contra Enrique Torres Paláu. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca .....	621	<b>Acción de simulación de unos contratos. — Prueba indiciaria. — Error de hecho en su apreciación. — Cuando hay lugar a él. — Error de hecho y de derecho por errónea apreciación de pruebas. — Que se requiere para que prospere el recurso de casación por esta causal. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Benedicta Sarmiento y otros contra el doctor Ezequiel Rueda Pinto. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas .....</b>	648
<b>Causal segunda de casación. — Transacción.</b> — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Miguel Ramón Jiménez contra Rubén Mejía. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas .....	620	<b>Recurso de hecho.</b> — En el juicio ordinario seguido por Clemencia Castrillón de Mejía contra Tulia Amaya de Castrillón, se ordena librar despacho al Tribunal Superior de Pasto para que, por medio de peritos proceda al avalúo de la cuantía de la demanda para poder resolver acerca de la concesión del recurso de casación. — Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales .....	653
<b>Acción de indemnización de perjuicios por culpa contractual.</b> — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Samuel Lancheros contra Luciano Pinilla. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda ...	636	<b>Acción reivindicatoria.</b> — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Carlos Alfonso Ramírez Torres contra Tulia Hernández v. de Mercado y Rosario Herrera v. de Hernández. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza .....	655
<b>Causal segunda de casación. — Compensación de culpas. — Improcedencia de la prueba pericial para demostrar el perjuicio moral subjetivo.</b> — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido por Rafaela Marín v. de Buitrago contra el Municipio de Zarzal. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda .....	639	<b>Acción de filiación natural. — Notoriedad de las relaciones sexuales estables. — Excepción de pluralidad de relaciones. — Que se requiere demostrar para que se la considere probada. — Su diferencia con la excepción de vida disoluta de la mujer, consagrada por otras legislaciones. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Ernestina Herrera, en representación de su hijo menor Diego Felipe Herrera, contra Carlos Dueñas. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca .....</b>	661
<b>Acción ordinaria de declaración de ineficacia de un contrato de mutuo.</b> — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Adela Pardo contra Carmen Rosa Flórez y otros. — Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales .....	644	<b>Acción de rescisión de un contrato. — Illegitimidad de la personería sustantiva de la par-</b>	
<b>Acción reivindicatoria de un inmueble.</b> — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordina-			

## PAGS.

## PAGS.

- te demandante. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Ana de Jesús Escobar contra José de Jesús Escobar. — Magistrado ponente, Dr. Gabriel Rodríguez Ramírez ..... 667
- Acción de resolución de un contrato de promesa de venta. — Facultades de la Corte como Tribunal de casación en materia civil. — Nulidades. — Cuales pueden alegarse en casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Angel María Téllez contra Ana Silvia Piñeros de Ospina. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas .. 670**
- Acción de exclusión de unos bienes del inventario de una sucesión. — Sociedad conyugal. — Partición de bienes sucesorales. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por Aníbal A. Córdoba, como subrogatario de las acciones y derechos de los herederos de Guillermo Almeida, contra César Burbano B. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas ..... 674**
- Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con motivo de la reparación o conservación de un servicio público. — Incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de esta clase de controversias. — Se declara que no es susceptible de ser considerada en casación, por falta de competencia de la Corte, la resolución judicial pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio seguido por Martín Cortés contra el Municipio de la misma ciudad. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda ..... 678**
- Acción de nulidad de un contrato de compraventa. — Legitimación para obrar. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Laura Rojas de Sánchez contra Marco A. Roca, Marco T. Susúnaga y Juan Ruiz. — Magistrado ponente, Dr. Alvaro Leal Morales ..... 682**
- Acción de nulidad de un contrato de compraventa. — Illegitimidad de personería sustantiva y adjetiva. — Diferentes características y consecuencias jurídicas de una y otra. Independencia de la legislación canónica y la civil. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Ramón, José Antonio, Gabrielina y María Teresa Prieto y María de Jesús Acuña de Prieto contra el R. P. Fray Alberto E. Ariza, en su condición o calidad de representante de los PP. Dominicanos de Tunja. — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca ..... 685.**
- Recurso de hecho. — Alcance de las normas del decreto 1683 de 1948, sobre reconstrucción de procesos civiles. — Se declara inadmisibile el recurso de hecho intentado por Alfonso Prieto en el juicio seguido por el mismo contra María Eugenia y Eliseo Cubillos. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 691**
- Acciones petitoria de declaración de dominio, reivindicatoria, etc. — Identificación de inmuebles. — Registro. — Sus efectos. — Medios nuevos en casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Jorge E. Aldana Vargas contra Adolfo Carrizosa y José Krucker y contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza ..... 694**
- Acción de dominio de una finca. — Registro de sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonio y de divorcio. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en los juicios ordinarios acumulados seguidos por Manuel Antonio Dorsonville contra Antonio Dorsonville y Blanca Dorsonville de Molendo, respectivamente. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza ..... 697**

## SALA DE CASACION PENAL

**Causales primera y segunda de casación. — Requisitos de la legítima defensa. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Agustín Robayo por el delito de lesiones personales consumado en Carlos Julio Guzmán.—**

PAGS.

PAGS.

Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre ..... 701

sumario adelantado por denuncia de Ignacio Rivas Putnam. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 717

**Homicidio concausal.— Veredicto del jurado.— Interpretación del veredicto. — Obligatoriedad del mismo como base de la sentencia. — Causal tercera de casación.** — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Juan de Jesús Martínez Serrano por el delito de homicidio en Aura Rueda. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 706

**No se repone el auto anterior.** — Niégase la solicitud de reposición formulada por la parte civil en el sumario de que se ha hablado en el punto anterior. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 720

**Causal séptima de casación. — Veredicto contradictorio.** — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Helí Alfonso Builes Alzate por homicidio en José Marín Correa. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 710

**Efectos jurídicos de la orden de consulta de una sentencia.** — Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el proceso seguido contra Otoniel Mesa por el delito de homicidio en la persona de Julio Gómez. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno ..... 722

**Cambio de radicación de un proceso. — Impedimentos. — Diferencia entre las causales de impedimento y los motivos que dan lugar al cambio de radicación. — Personas que pueden solicitarlo.** — Emite la Corte concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso seguido ante el Juzgado Penal del Circuito de San Gil contra Marcos Valenzuela, por calumnia e injuria. — Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre .... 713

**Interpretación del artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, sobre cambio de radicación de procesos que se adelantan contra miembros de la Policía Nacional.** — Emite la Corte concepto desfavorable al cambio de radicación de la causa seguida ante el Juzgado Superior de Ocaña contra los ex-agentes Jaime Cubides Hernández, Luis A. Buitrago Yepes y Carlos Julio Castilla, por homicidio en la persona de José Antonio Parada. — Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre ..... 726

**Consulta. — Norma contenida sobre el particular en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.** — Se abstiene la Corte de revisar la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Pasto declaró que no es el caso de disponer la cesación del procedimiento en el juicio adelantado contra el doctor Víctor Vela<sup>s</sup> V., ex-juez primero penal del Circuito de Ipiales, por el delito de abuso de autoridad. — Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre ..... 716

**Cambio de radicación de procesos que se adelantan contra miembros de la Policía Nacional.** — La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso seguido contra Abelardo Duque y otros ante el Juzgado Superior de Pereira, por los delitos de homicidio y prevaricato. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 728

**Sobreseimiento definitivo en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.** — Sé sobresee definitivamente en favor de los Magistrados de dicho Tribunal, doctores Luis Felipe García, Francisco Vila Calderón y Jorge Sanabria, por los cargos de abuso de autoridad o prevaricato, en el

**Recurso de revisión. — Causal primera de revisión. — Responsabilidad penal.** — Se niega el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Evangelista Calpa contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida contra el mismo Calpa el 8 de febrero de 1939. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. .... 730

**Delitos de falsedad y prevaricato. — Facultades del Juez en los juicios de deslinde y amojonamiento.** — Se confirma el sobresei-

PAGS.

PAGS.

- miento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Rafael D'Andreis Lanao por los cargos de falsedad y prevaricato que le formuló el señor Rafael Candil y Atienza. — Magistrado ponente, Dr. Alejandro Camacho Latorre 734
- Requisitos de la demanda de casación.** — No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Rodolfo Franco Mesa por el delito de lesiones personales en Arnulfo Carmona. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 738
- Tentativa en los delitos de hurto y robo.** — **Momento consumativo de estos delitos.** — **Requisitos de la demanda de casación.** — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Otoniel Franco Giraldo por el delito de hurto. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 743
- Colisión de competencias.** — **El juzgamiento de los militares que prestan servicio de policía por delitos cometidos en razón de este servicio, corresponde a los tribunales militares.** Se dirime la colisión de competencias surgida entre el Juzgado Superior Militar de la Brigada y el Alcalde Municipal de Fonseca (Departamento del Magdalena) en el sentido de que es a la justicia penal militar a la que corresponde el conocimiento del proceso seguido contra Rubén Darío Serrano E. y otros. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. .... 743
- Abandono del cargo.** — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del doctor Sebastián Oyola Sarmiento, ex-Juez Superior *ad-hoc* del mismo Distrito, por los cargos de responsabilidad que le formuló el señor Hldefonso Ariza. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno ..... 746
- Sobreseimiento definitivo en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona.** — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Alejandro Fernández Yáñez, Juan B. Pineda Roperó, Carlos González Ruiz, Fernando Gómez Rivera, Jorge Zurek Mesa, Luis F. Urbina y Víctor M. Espinel Blanco, Magistrados del dicho Tribunal, por varios cargos. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 748
- La opinión como causal de impedimento y recusación.** — **Que debe entenderse por tal.** — Se declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Ibagué, Dr. Carlos Lozano Quintero, para conocer de un negocio contra Cándido Ríos Arenas y Roberto Monsalve. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez 752
- Abuso de autoridad.** — **Impedimentos y recusaciones.** — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en favor del Dr. Antonio Cabrales, por los cargos que le formulara el abogado Dr. José Jorge Núñez. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez .. 756
- Indisponibilidad de la acción penal.** — Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla por la cual ordenó cesar el procedimiento contra el doctor Máximo Tinoco Hoyos, Juez del Circuito Penal de la misma ciudad. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 760
- Nulidades.** — **Asesinato.** — **Insidia.** — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Modesto Velásquez Correa por el delito de homicidio en Miguel López. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ..... 763
- Error de derecho en la apreciación de una prueba.** — **Peritazgo.** — Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Darío Gutiérrez Tobón, por el delito de estupro. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno ..... 771
- Impedimentos y recusaciones.** — **Momento en que queda suspendida la jurisdicción por causa de recusación.** — **Intoxicación crónica producida por el alcohol.** — **Diferencia con la embriaguez.** — **Homicidio preterintencional.** — **La indefensión de la víctima como circunstancia de mayor peligrosidad.** — No

PAGS.

PAGS.

se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en la causa contra Arturo Jarne Lupey por el delito de homicidio en Mercedario Valderrama. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada ..... 774

**Delito de falsedad. — Requisitos necesarios para que exista un delito de esta especie cometido por un funcionario de la rama jurisdiccional en documento público. — Diferencia entre ejecutoria formal y ejecutoria material. —** Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en favor del doctor Rafael Poveda Alfonso, por los delitos de falsedad y abuso de autoridad. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. .... 779

**Se dirime un colisión de competencias. — Reglas que contiene el Código de Procedimiento Penal para determinar ésta por razón del lugar. —** Se dirige la colisión de competencias surgida entre el Juzgado Primero Superior de Tunja y el Juzgado Primero Superior de Manizales en el sentido de que es a éste último a quien corresponde el conocimiento del proceso iniciado en averiguación de los responsables del delito de robo de mercancías ejecutado en el vapor "Lebrija", del cual fue denunciante el señor Atilio A. Rossi. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ..... 784

**Delito de falsedad en documentos públicos. —** Se sobresee definitivamente en favor del Dr. Bernardo Escobar Londoño, ex-Fiscal Primero del Tribunal Superior de Manizales, por los cargos que se le hicieron como autor del mencionado delito. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. .... 787

**Indicios. — Requisitos para que el indicio constituya elemento de convicción de la responsabilidad. — Apreciación de Indicios. —** No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en la causa contra Jesús María Toro Correa por el delito de hurto. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. .... 791

**Se declara desierto un recurso de casación por no haber sido presentada la demanda por persona que sea abogado inscrito. — Diferencia entre interposición y fundamentación del recurso. —** Por el motivo expresado se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Crisóstomo Niño contra la sentencia proferida por el Tribunal de San Gil en la causa seguida contra Niño por el delito de homicidio en Adriano Amador. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ..... 796

**Impedimentos. — La opinión como causal de impedimento y recusación. —** Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá por medio del cual se declara no probada la recusación propuesta contra el Magistrado del mismo Tribunal, doctor Manuel S. Guzmán, por el defensor de los sindicados Inocencio y Rufino Lizarazo. — Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez ..... 798

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

**Acción de responsabilidad civil extracontractual. — Prueba de la presanidad respecto de lesiones internas. — Diferencia entre la indemnización debida por un patrono por la ocurrencia de un accidente de trabajo y la indemnización debida por responsabilidad civil extracontractual por delitos o culpas. — Casos en que juega la presunción de culpabilidad del artículo 2356 del C. C. —** Se reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Pedro Pablo Larrota contra la Nación y se condena a ésta a pagar al actor indemnización por perjuicios materiales, y \$ 1.500.00 por perjuicios morales. — Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. .... 801

**Pensión de jubilación. — Su carácter. — Tacha de peritos. —** Se revoca el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín y en su lugar se decide que no está fundada la tacha propuesta contra el señor Ramón Nonato Díaz para actuar como perito en el juicio ordinario seguido por Roldán Calle & Cía. Ltda. contra el Departamento de Antioquia (Empresa del Ferrocarril). — Magistrado

- ponente, Dr. Luis A. Flórez ..... 820
- Peritazgo. — Tacha de peritos. — Inidoneidad para desempeñar el cargo. —** Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario sobre petróleo, seguido por Gustavo Reyes y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles ..... 822
- Denuncia de pleito. — Cuando hay lugar a admitirla. — Obligaciones del vendedor respecto del comprador. — Saneamiento por evicción. —** Se confirma el auto del Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario seguido por Compañías Unidas de Transportes S. A. contra el Departamento del Tolima, auto por el cual fue admitida la denuncia del pleito hecha por éste al señor José Negret. — Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado ..... 825
- Excepciones. — Procedimiento que debe seguir el interesado que no formuló oposición a una propuesta de explotación de petróleos ante el correspondiente Ministerio. —** Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por el doctor Simón Gómez de Lavalle y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. ... 827
- Acción ordinaria de pertenencia de un yacimiento de petróleos. — Noción de competencia. —** Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Ernesto Olivares y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. .... 830
- Diferencia entre prescripción y caducidad. —** Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por Angel M. Castro Rodríguez y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez ..... 834
- Acción de rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme. —** Se niegan las declaraciones solicitadas en la demanda, con que se inició el juicio ordinario seguido por Juan N. Rondón contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. .... 840
- Tercerías. — Coadyuvancia en el pleito. — Derechos del accionista de una sociedad anónima durante la vigencia de ésta. —** Se confirma el auto suplicado, proferido por el Magistrado sustanciador en el juicio ordinario seguido por la Nación contra la Compañía Explotadora del Carare S. A. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. .... 842
- Acumulación de acciones y de autos. —** Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Cali por medio del cual negó la admisión de la demanda presentada por el señor Fiscal Primero del mismo Tribunal, como representante de la Nación, contra Jesús Valencia y Mario Borrero. — Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles ..... 846
- Acción de indemnización de perjuicios. —** Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Antonio Zuleta contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, Dr. Luis A. Flórez ..... 847
- Influencia de la demanda en el juicio. — Contrato de trabajo. — Contrato de transporte. —** Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Joaquín E. Tobón contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, Dr. Belisario Agudelo D. 851

NOTA: Con el presente volumen termina el Tomo LXV de la Gaceta Judicial. — El número 2072 corresponde al Índice y Jurisprudencia de dicho Tomo.

EL RELATOR

# GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

TOMO LXV

BOGOTA, COLOMBIA — 1950

NUMERO 2072

## INDICE Y JURISPRUDENCIA DEL TOMO LXV EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXV (NUMEROS 2066 A 2071) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

### ABANDONO DEL CARGO (Delito de)

— 1 —

Respecto al abandono del cargo, en el informativo se comprobó que, efectivamente, el doctor Oyola, después de dictar la sentencia tantas veces citada, el 18 de diciembre de 1943, se ausentó de la ciudad de Barranquilla y sólo regresó en mayo de 1944, es decir, el acusado abandonó su cargo desde el 21 de enero de 1944, día en que terminaron las vacaciones judiciales, hasta mayo del mismo año, y no hay constancia de que se hubiera concedido licencia alguna para cesar temporalmente en el desempeño de sus funciones; objetivamente, el delito de abandono del cargo se halla, pues, configurado; pero sucede que el doctor Oyola Sarmiento justificó tal proceder alegando un motivo invencible; durante ese lapso había estado en cama, enfermo; y para comprobarlo allegó al expediente un certificado médico expedido por el doctor Ernesto García P., en que consta que el doctor Oyola estuvo sometido a tratamiento en esos meses, por padecer un fuerte ataque

palúdico y algunas afecciones asmáticas, certificado que fue bajo juramento, ratificado por su signatario y, en estas condiciones, se desvanece la responsabilidad que al sindicado pudiera caberle, puesto que hubo fuerza mayor que le impidió el oportuno retorno al desempeño de sus funciones. (Casación Penal. Auto. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....747, 2ª

### ABERRACTIO ICTUS

— 2 —

Puede decirse que para la ley penal resulta indiferente que la intención o propósito de matar recaiga sobre la misma persona que aparezca ofendida. Aunque sea otra, siempre que el golpe fuera dirigido contra la que se quería lesionar, y ello ocurrió por error o accidente, la índole del delito no por esto se modifica, y la estructura del homicidio no cambia, sino que permanece idéntica, pues la responsabilidad no surge porque la acción delictuosa recaiga sobre una u otra persona determinada, sino porque se elimine de manera ilegal una vida, con propósito de hacerlo y con la causalidad necesaria para que

el efecto producido sea la resultante del acto consumado. (Casación Penal. Octubre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....168, 1ª

**ABOGADOS (Procedimientos para imposición de sanción a estos profesionales)**

— 3 —

Según la letra del artículo 8º de la ley 69 de 1945, para la imposición a los abogados de la sanción que en la misma disposición se establece, no se ha establecido una acción pública o popular, es decir, de la cual pueda ser titular cualquier persona, sino que se ha señalado el requisito de que la queja sea formulada por persona interesada. Se aplica aquí el concepto abstracto de "interés jurídico" que tan importante papel juega en el campo del derecho procesal. Y por "interés jurídico" para el ejercicio de una acción, según lo tiene establecido la Corte (casación de 22 de agosto de 1940), debe entenderse aquel que "venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés" y con el cual se haya lesionado un derecho del que lo alega. Cuando falta ese interés así entendido el demandante o quejoso no podrá obtener sentencia favorable a sus pretensiones.

.....

Otra de las formas para proceder a la aplicación de la sanción de que se trata es la del procedimiento de oficio. El carácter esencial de este procedimiento es de que el juzgador debe proceder a actuar, apenas tenga conocimiento de la realización de los actos respectivos, sin que pueda aceptar la intervención de nadie, porque esta intervención sólo es posible cuando se ha consagrado la acción pública. (Negocios Generales. Febrero 22 de 1949. T. LXV. 2068-2069).  
548, 2ª y 549, 1ª

**ABUSO DE AUTORIDAD (Por no haber declarado impedido un juez.—No configurar delito)**

— 4 —

En cuanto a un abuso de autoridad, consistente en la omisión constituida por la n declaratoria de impedimento, en manera alguna puede darse fisonomía delictuosa a tal hecho, desde luego que de conformidad con los fundamentos jurídicos que caracterizan el incidente de impedimento o recusación dentro de las normas legales, la misma doctrina, con la finalidad de garantizar la mayor imparcialidad en la administración de justicia, para suprimir todo motivo que pueda hacer dudar de la imparcialidad de los funcionarios públicos, indica que tanto los impedimentos como las recusaciones obedecen a un mecanismo legal que no puede ser modificado por la sola voluntariosa acción de las partes, sino regido por los principios que gobiernan la materia en el Código respectivo. (Casación Penal. Auto. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....757, 2ª

**ABUSO DE AUTORIDAD (Cuándo el error en la interpretación de la ley puede configurar este delito)**

— 5 —

La Corte en providencia que corre publicada en el Tomo LIX, números 2025-2027-bis, página 998, de la GACETA JUDICIAL, dijo: "En cuanto al abuso de autoridad y para este caso de fallos judiciales, es menester que en la calidad dicha de funcionario o excediéndose en ella, se cometa acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad (artículo 171 del C. P.). El elemento material de la infracción es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos contra las personas o las propiedades. En

ste sentido, cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor; y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón violando la equidad.

“Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo el caso de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste en este evento en la voluntad de ‘cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos’, como dice Manzini. Es verdad que el Código no requiere en este caso el dolo específico del prevaricato, yale decir, el proceder ‘a sabiendas’, pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer también suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal.

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

“Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son fallibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse, por razón de su oficio, en los encargados de administrar justicia. Y ni la disparidad de apreciación ni el error demuestran por sí solos el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminal en las actuaciones judiciales”.

Y en providencia de 4 de julio de 1946, dijo entre otras cosas, la Corte: “El error

proveniente de una falsa interpretación o mala aplicación de la ley penal, sólo es imputable como delito de abuso de autoridad cuando existe la demostración de que ese error se cometió para omitir, rehusar o retardar la ejecución del acto al que legalmente está obligado. Si el error no es el resultado de una intención dolosa, o bien de una culpa, sino de una equivocada o mala apreciación de la ley, pero de buena fe, no hay lugar a imputarlo como delito, porque falta el elemento psicológico del delito, o sea el propósito de obrar contra derecho”. (Casación Penal. Auto. Febrero 1º de 1949. Tomo LXV. 2068-2069).....420, 2ª y 421, 1ª

#### ABUSO DE AUTORIDAD (Por demoras en el ejercicio de funciones)

— 6 —

Uno de los casos de abuso de autoridad ocurre cuando el funcionario o empleado público retarde el cumplimiento de sus deberes, en forma injustificada, esto es, cuando dentro de una actividad normal y corriente, o sea, dentro de las posibilidades de trabajo exigible, el juez no ha ejecutado los actos o dictado las providencias que en un negocio debía haber ejecutado o proferido. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. Tomo LXV. 2068-2069).....423, 2ª

#### ABUSO DE AUTORIDAD (Por omisión o retardo en el ejercicio de funciones)

— 7 —

La norma del artículo 172 sanciona los actos del funcionario o empleado público que en ejercicio de sus funciones omite, rehusa retarde realizar o cumplir un acto al cual legalmente esté obligado. La omisión por inobservancia de un precepto, que contiene un mandato de imperativo cumplimiento, impi-

de que la acción tenga una forma real y activa que se traduce en el incumplimiento de un deber, y ese acto negativo, puede dar origen a uno de los hechos sancionados por la disposición comentada.

“La omisión —ha dicho la Corte— es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la ejecución de una cosa, es la voluntad proyectada en hechos negativos opuestos al incumplimiento de un deber impuesto por la ley. La abstención frente a la norma o precepto de orden legislativo o administrativo que ordena que un acto se ejecute, genera por regla general una de las infracciones contempladas por el artículo 172 del Código Penal. Quien omite, rehusa o retarda, la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, realiza actos negativos, que conllevan el poder suficiente de hacer nugatorios los mandatos de la ley, porque impide la exteriorización de un hecho jurídico que obligatoriamente debía producirse si el funcionario o empleado público hubiera observado los deberes que le impone el ejercicio de sus funciones; en otros términos, los delitos a que hace referencia el artículo 172 dan idea de la no ejecución de un hecho esperado y que en virtud de un mandato legal debía realizarse”. (Casación Penal. Auto. Febrero 18 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

452, 2ª y 453, 1ª

#### ABUSO DE CONFIANZA

— 8 —

El delito de abuso de confianza se configura —en nuestra legislación— por la apropiación de una cosa mueble y ajena que se haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio. Es decir, que el elemento predominante en este delito es la apropiación, circunstancia ésta que determina el momento de la consumación de la in-

fracción, sin que para esto sea necesaria demostración, o comprobación del dolo en momento de recibir la cosa mueble ajena. Cuando se consuma la apropiación por la realización de un acto externo el propósito de su autor se traduce en actos materiales que caen bajo la sanción penal.

El delito de abuso de confianza puede revestir las características de un delito continuado cuando la intención, la voluntad y el fin en orden a la apropiación de las cosas se expresan y actúan, en la esfera del mundo exterior en varios momentos en vez de realizarse en uno solo; el hecho de que el propósito delictivo se realice en diversas acciones, no le quita al delito el carácter de continuado porque el propósito es continuo en la conciencia de su autor y discontinuo en cuanto a su ejecución. Las distintas formas de la acción no cambian el propósito ni la unidad del delito. (Casación Penal. Auto. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069).

367, 2ª

#### ACCIONISTA

— 9 —

El accionista, durante la existencia de la sociedad, sólo tiene un derecho personal mueble o de acreencia sobre los dividendos distribuidos y proporcionales a las acciones poseídas. (Negocios Generales. Auto. Marzo 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . 845, 1ª

#### ACCION DE RENDICION DE CUENTAS

— 10 —

La acción de rendición de cuentas no es procedente en vía ordinaria, por contraria a lo dispuesto en el artículo 734 del Código Judicial que impone para ella trámites especiales; de tal suerte que cuando tales trámites o procedimiento sumario están expresa-

ente establecidos para una controversia determinada, no puede ocurrirse para ventilarla a las ritualidades del procedimiento común u ordinario, pues es sólo en defecto o ausencia de aquél cuando el litigante puede valerse del último. Y como para el caso de rendición de cuentas el código citado ha señalado expresamente el trámite especial de que habla el título XXXVIII, lógica e ineludiblemente debe concluirse que una acción de tal naturaleza sólo puede ejercerse legalmente mediante la observancia de esos trámites especiales y no por los de la vía ordinaria.

Dentro de nuestro derecho procesal las partes no son libres de escoger o determinar el procedimiento que en cada caso haya de seguirse para controvertir los negocios que someten al conocimiento y decisión de los jueces, pues precisamente la función del procedimiento civil es ante todo la de regular el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles cuyo conocimiento corresponde a la rama judicial. (Art. 194, C. J.). (Casación Civil. Diciembre 7 de 1948. Tomo LXV. 2068-2069) ..... 322, 2ª y 323, 1ª

ACCION PAULIANA

— 11 —

La acción pauliana, que esencialmente constituye uno de los medios que la ley otorga al acreedor para defender sus derechos contra las actividades fraudulentas de su deudor, dándole manera de impedir que mengüe de mala fe el patrimonio que le sirve de prenda general, ha sido estudiada por esta Sala de Casación Civil en numerosas decisiones en que ha destacado sus características primordiales y su naturaleza jurídica para diferenciarla específicamente de las de nulidad y simulación. Jurisprudencialmente se ha acrecido el ámbito de aplicabilidad de esta acción reivindicatoria, libertándola de la con-

dición de que el deudor haya hecho cesión de bienes o haya sido concursado, a que en un principio se la sometió con excesivo ceñimiento a los términos literales del artículo 2491 del C. C., pero conservándole sus condiciones esenciales de ejercicio, que por lo que concierne a los actos a título oneroso son a más de calidad de acreedor, el **eventus damni** y el **consilium fraudis**, esto es, que el acto ejecutado por el deudor debe causar un perjuicio cierto, para que así surja en el demandante el interés jurídico indispensable para el ejercicio de toda acción judicial, y que tal acto haya sido el resultado del entendimiento del deudor con un tercero a efecto de defraudar al acreedor. (Casación Civil. Enero 31 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

328, 1ª

ACCION PENAL (Su indisponibilidad)

— 12 —

Una de las condiciones de la acción penal, fuera de ser pública, es la de que con ella no hay disponibilidad, o sea, que los funcionarios no pueden dejar de adelantarla si el delito existe siquiera como hipótesis y el procedimiento es oficioso. (Casación Penal. Autó. Marzo 29 de 1949. Tomo LXV. 2070-2071) ..... 761, 2ª

ACCION POSESORIA (No hay lugar a ejercerla contra la administración por motivo de ocupación por trabajos públicos.—Para ejercer esta acción es necesario demostrar la posesión material) °

— 13 —

Cuando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley como

una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer, sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada. Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la posesión, pues si así no fuese quedarían supeditados a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sea, los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común. Por eso se ha establecido en la ley 167 de 1941 —Capítulo XXII— que cuando se ocupa una propiedad particular a causa de trabajos públicos o se le ocasionan daños con esos trabajos, sólo se pueden reclamar indemnizaciones pecuniarias contra la respectiva entidad oficial, en juicio de que conoce la justicia contencioso-administrativa.

Y aun cuando, en el caso del proceso, invocó el actor a su favor la posesión inscrita por haber ejercido la Nación actos de verdadero señorío y posesión material, para el ejercicio de las acciones posesorias lo que debé demostrarse es la posesión material, constituida por hechos positivos propios de dueño, conforme al artículo 19 de la ley 200 de 1936. (Negocios Generales. Octubre 18 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 261, 2ª

**ACLARACION (Sólo procede respecto de sentencias.—Cuándo puede hacerse)**

— 14 —

En ninguna parte autoriza la ley el que se

solicite aclaración de autos interlocutorios, pues el artículo 482 del C. J. habla de aclaración de “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda” contenidos en la sentencia, pero nada dice respecto de cuando tal cosa ocurra en un auto interlocutorio, y es preciso, pues, concluir que no es posible hacer aclaraciones de estos autos.

Esta distinción encuentra además un sólido respaldo en la lógica, atendida para ello la diferencia existente entre la naturaleza de la sentencia, que pone término en ocasiones a todo un proceso, o cuando menos, a una instancia, y decide, además, sobre la cuestión que constituye el objeto principal y, por decirlo así, central del debate o del recurso extraordinario, y la naturaleza, también, de los autos interlocutorios, y, más especialmente aún, de las cuestiones que con esta clase de providencias se deciden, las que son siempre cuestiones incidentales, es decir, en cierto modo secundarias y adjetivas dentro del proceso, y con las cuales providencias, por último, nunca precluye un juicio, una instancia, ni se decide un recurso extraordinario.

La aclaración, conforme al mismo precepto citado, podrá “hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación”. Si, pues, una vez notificada una sentencia, las partes no reclaman contra ella, interponiendo al efecto los recursos que sean procedentes, y no piden aclaración de lo expresado en la misma, todo dentro de los términos que para tales fines concede la ley, debe entenderse que es porque están conformes con lo que en dicha providencia se decidió y no encuentran, además, en su texto conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. De no ser así, quedaría demasiado reducido el objetivo de la notificación, que, como es bien sabido, no es otro

de el de poner en conocimiento de los interesados el auto o la sentencia.

Para que sea procedente la aclaración se requiere, conforme a explícita disposición del ya mencionado artículo 482 del C. J., que se trate de "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda". No puede, pues, pedirse aclaración, ni menos hacerse ésta, cuando la oscuridad o la ambigüedad del concepto o de la frase sean más aparentes que reales, o, en todo caso, la duda que surja respecto de su interpretación no sea verdadera; no háy "verdadero motivo de duda". Y para ello, también, es preciso que quien solicita aclaración demuestre cuáles son en su concepto las frases o los conceptos contenidos en la sentencia respecto de los cuáles ocurre tal cosa.

Por último, es igualmente preciso que se demuestre también que la aclaración solicitada o a hacer incidiría sobre las resultas del debate, esto es, que de interpretarse de uno u otro modo el concepto o la frase contenidos en la sentencia, se seguirían también diferentes resultados en el proceso, porque, como lo ha dicho la Corte, y es de lógica jurídica elemental, las providencias judiciales no son discusiones de carácter meramente académico o teórico, y los conceptos que en ellas se expongan, al igual que las decisiones que en las mismas se tomen, deben tener por objetivo algún resultado práctico dentro del proceso y para fines del mismo.

El poder de aclaración que tiene el juzgador respecto de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de dudas, contenidos en una sentencia por él proferida, no se extiende o llega hasta poder modificar, so pretexto de aclaración, la parte resolutive de una providencia ejecutoriada. (Negocios Generales. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 507 y 508

## ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS

— 15 —

La acumulación de acciones y la de autos obedecen a los mismos principios de economía procesal y, por tanto, cuando esta última no sería viable, caso de haberse intentado por separado los juicios, tampoco puede tener lugar aquélla en una misma demanda.

Si la causa o título de la tenencia de cada uno de los demandados es diferente no pueden acumularse las acciones que contra ellos se ejerzan. (Negocios Generales. Auto. Abril 7 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 846, 2ª

**APELACION (Cuando el inferior, a pesar de tener competencia para ello, pretermitió fallar sobre uno o varios de los extremos de la demanda, lo procedente es reconocer la sentencia para que por aquél se decida sobre dichas cuestiones)**

— 16 —

Definido en forma clara el punto relativo a la competencia del Tribunal para decidir sobre aquellos extremos de la demanda, mal podría la Corte entrar a fallar acerca de ellos, como lo solicita el apoderado del actor, según ha quedado visto, por la potísima razón de que no le es dable pretermitir la primera instancia, sin incurrir, desde luego, en una violación de los principios procesales y aun en usurpación de jurisdicción, al tenor de lo establecido en los artículos 198 y 148 del C. Judicial, el último de los cuales expresamente declara que "usurpan jurisdicción los superiores cuando proceden pretermitiendo las instancias anteriores". Además, la unidad procesal lleva también a la conclusión de que la Corte no puede entrar a conocer sólo acerca del fondo de la demanda, en cuanto recayó la decisión del Tribunal, por

cuanto el fallo de éste ha debido recaer igualmente sobre lo pedido bajo los numerales 3 y 4 de la misma demanda; mas respecto a estas súplicas, como se ha venido sosteniendo, el Tribunal no dictó sentencia, en forma tal que si acerca de ellas conociera hoy la Corte habría de pretermitir una de las instancias.

En consecuencia, el presente juicio ha de fallarse en el sentido de revocar la sentencia apelada y devolver el negocio al Tribunal de origen a fin de que dicte fallo no deficiente. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....267, 2ª

#### ARRENDAMIENTO (Cesión del contrato de)

— 17 —

La cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento, no puede hacerse sin la autorización o la concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron partes en el contrato original; pero de esto lo que es dable deducir, es que la cesión no autorizada por el arrendador no da lugar a relaciones respecto de él, pero sin perjuicio desde luego de que nazcan todas las obligaciones que legalmente se generan en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, las cuales, si no pueden cumplirse, dan lugar a las consecuencias ordinarias del incumplimiento contractual. La cesión no autorizada del arrendamiento produce para el arrendador, como sanción para el incumplimiento de una obligación del arrendatario, el derecho de reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios.

Pero en ningún caso puede concluirse en la nulidad absoluta del contrato entre cedente y cesionario por objeto ilícito, por estar prohibida la cesión, como lo entendió el Tribunal. El artículo 2004 del C. C., que establece como elemento natural del contrato que el arrendatario no tiene facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, contiene una prohibición de orden privado, susceptible de modificación convencional, pero en manera alguna consagra un caso de contrato prohibido; esto es, que no pueda celebrarse bajo ningún respecto ni llenando ninguna condición, que son los que la doctrina, que son los que la doctrina clasifica bajo esa denominación. Las convenciones que pueden celebrarse cumpliendo ciertos requisitos y formalidades no prohibidas, sino permitidas, y las leyes que las reglamentan son imperativas y no prohibitivas, porque ordenan para su validez ciertos requisitos, cuya omisión no siempre determina nulidad absoluta, sino simples fenómenos de inoponibilidad, en forma que si el arrendador no reclama, el contrato de cesión o el subarriendo puede desarrollarse perfectamente entre cedente y cesionario o entre arrendatario y subarrendatario. Lo mismo que puede acontecer en el arrendamiento de la cosa ajena. (Casación Civil. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071) 626, 2ª y 627, 1ª

#### ARTICULO 103 DEL C. DE P. P. (Qué debe entenderse por nuevo proceso)

— 18 —

Atendiendo a los distintos conceptos emitidos en la discusión del artículo 103 del C. de P. P., se observa que el propósito buscado por esta disposición es ponerle un límite a la actuación de la justicia penal, para que ésta no continúe indefinidamente contra un mismo individuo por un mismo hecho, lo

ue sin duda constituye una preciosa garantía para el procesado.

Mas conviene decir que los errores de interpretación a que se ha prestado tal artículo 103, provienen de que no se ha parado mientes en que de su texto se deduce que para que se cumpla con lo que en él se establece, esto es que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no sea "sometido a nuevo proceso, por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta", tal disposición no es aplicable cuando se trata de un nuevo juicio. De no ser ello así, el texto legal no habría empleado la expresión nuevo proceso, sino nuevo juicio. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069) .....383, 1ª

#### ARTICULO 153 DEL C. DE P. P. (Objeto de la norma contenida en él)

— 19 —

El artículo 153, que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal fue traído a la nueva ordenación del procedimiento, que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de un sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo un estado de zozobra para el procesado, en el segundo. (Casación Penal. Auto. Marzo 15 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....161, 1ª

#### ARTICULO 214 DE LA CONSTITUCION (Alcance de la facultad que esta norma confiere a la Corte)

— 20 —

Como lo ha dicho la Corte en sentencia de 2 de diciembre de 1948, al resolver otra demanda contra el mismo decreto 1239, la jurisdicción conferida a la Corte Suprema por el artículo 214 de nuestra Carta Fundamental se concreta de modo exclusivo a decreto pronunciado y no se extiende a decreto por pronunciar ni al hecho de no haberse dictado decreto en tal o cual sentido, ocasión o día. (Sala Plena. Diciembre 3 de 1948. Tomo LXV. 2068-2069) 299, 2ª

#### AUDIENCIA PUBLICA (La no asistencia a este acto por parte de los procesados no constituye nulidad)

— 21 —

El artículo 466 del Código de Procedimiento Penal dice que la no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración de la audiencia pública, y agrega que la asistencia del enjuiciado es obligatoria aun cuando se halle gozando del beneficio de excarcelación, exceptuando de esta norma el caso contemplado por el artículo 433 o sea cuando se trata de reos ausentes.

La no asistencia de los acusados a la celebración del juicio, no es un hecho constitutivo de nulidad procedimental ni constitucional. La presencia del acusado a este acto tiene como finalidad la de que los jueces de hecho se formen —mediante observación personal del sindicado— un concepto más preciso o exacto, acerca de la personalidad del acusado, pero la no asistencia de éste, no impide la celebración del juicio, pues de ser esto así, la audiencia pública prácticamente estaría condicionada a la voluntad del acu-

sado, quien podría demorar indefinidamente la terminación del juicio, quebrantando en esta forma los intereses de la justicia y de la sociedad. (Casación Penal. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....74, 2ª

AUDIENCIA

— 22 —

El término para la celebración de la audiencia se ha señalado para garantizar los intereses de las partes y de la sociedad: de aquéllas, para que tengan un tiempo suficiente para preparar los alegatos que hayan de presentar en el debate público; y de la sociedad, con el fin de que la tramitación de los procesos no se prolongue indefinidamente, con menoscabo de la justicia. (Casación Penal. Febrero 11 de 1949. T. LXV. 2048-2049) .....439, 2ª

AUXILIOS (Requisitos de las leyes que los decretan a favor de empresas útiles o benéficas)

— 23 —

En repetidas ocasiones, al resolver sobre objeciones por inexecutable de proyectos de ley sobre auxilios para fomentar empresas útiles o benéficas que no se han sujetado estrictamente a planes y programas pre-existentes, ha dicho la Corte que no es dudoso que la reforma proyectada que se hizo en el numeral 20 del artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de las obras públicas nacionales en los numerales 4º y 19 de allí. Quiso el Congreso, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados o incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de

obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptados también en planes y programas, y que la facultad, condicionada del Congreso de decretar obras de un plan y de un programa generales para esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales, tendía a escalonar de esa manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se producen los esfuerzos trunco o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema constitucionalmente abolido de decretar obras sin control ninguno que garantice su eficacia o su utilidad, o siquiera su terminación.

Pero en casos en que concurren circunstancias especiales, con la venia que merecen los propósitos laudables del primer magistrado de la República, ha encontrado la Corte exequibles los auxilios decretados para obras existentes antes de la reforma constitucional de 1945, prospectadas y principadas antes de entrar en vigencia la ley 71 de 1946 y comprendidas en las que de manera genérica enumera esta ley en el artículo 1º, pues considera la Corte que al propender el auxilio para que la desmejora y ruina de una obra trunca no traduzca en esterilidad esfuerzos y gastos ya hechos, se consulta el espíritu dominante en la reforma constitucional de evitar perjuicios a la economía nacional. (Sala Plena. Marzo 30 de 1949. Tomo LXV. 2070-2071) .....585, 2ª y 586, 1ª

— B —

BALDIOS (Objeto y alcance del juicio ordinario a que da lugar la oposición a que un terreno se adjudique como baldío)

— 24 —

Como se desprende de lo estatuido en el

artículo 74 del Código Fiscal, el juicio ordinario que surge con motivo de la oposición que oportunamente se propone contra la solicitud administrativa de adjudicación de terrenos denunciados como baldíos tiene exclusivamente como objeto discutir y resolver si al opositor le asiste o no mejor derecho sobre la porción de terreno a que se refieren la oposición y el denuncia. En un juicio de esta naturaleza se enfrentan dos partes: de un lado el denunciante que asume el papel de demandante, sosteniendo que el terreno denunciado es baldío y que tiene mejor derecho a su adjudicación como ocupante y cultivador, y de otra el opositor invocando un derecho preferencial sobre el terreno, porque alegue una ocupación anterior en calidad de cultivador, o porque invoque títulos de propiedad privada. Sobre esos extremos tiene exclusiva y necesariamente que versar la controversia, por lo cual no cabe dentro de su ámbito la resolución de las diferencias que después del denuncia y del vencimiento del tiempo hábil para incoar oposiciones se presentan entre los presuntos adjudicatarios. (Casación Civil. Noviembre 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . .64, 2ª

— C —

### CADUCIDAD (En materia procesal)

— 25 —

Todo acto procesal —según la doctrina— sólo puede realizarse cuando se han cumplido las condiciones indispensables para darle vida, entre las cuales los términos, pues si no puede concebirse acto alguno procesal sin la observancia de determinadas formas prescritas por la ley, tampoco es posible comprenderlo sin relación al tiempo, esto es, con los términos que la misma ley ha establecido.

“Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales, mediante las cuales

la controversia va desde el principio hacia la definición, y cuyo conjunto constituye el **procedimiento** —enseña Chiavenda— deben subordinarse a determinadas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión: estas condiciones se llaman **formas procesales** en sentido estricto; en un sentido más amplio y menos propio, se llaman **formas** las mismas actividades necesarias en el proceso, en cuanto que, estando dirigidas a la actuación de un derecho sustancial, tienen carácter de forma respecto de la substancia”.

“Las determinaciones de tiempo, añade, son, entre las condiciones normales, las más necesarias, como que aseguran el fin del juicio; así, el paso a cosa juzgada de una sentencia puede depender de una determinación de tiempo (término de impugnación). Entre esas determinaciones, unas se refieren al tiempo propio para realizar actos procesales, otras al término fijado para su ejecución”.

Otro expositor de Derecho Procesal —De Mársico— hace la siguiente afirmación: “Es el tiempo —escribe— lo que condiciona no sólo la posición lógica sino el valor jurídico de cada uno de los actos en la relación procesal”.

Si la inobservancia de las condiciones de forma que, de conformidad con la ley, deben revestir, los actos procesales, implica determinada sanción (nulidad del acto), la inobservancia de los términos (preclusivos o perentorios) también implica determinada sanción (caducidad) que causa la inexistencia del acto: así, el acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutarlo por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustenta normas como las de los artículos 178 y 202 del Código de Procedimiento Penal y 597 (3) del de Procedimiento Civil.

La caducidad —según la expresión de Flo-

rián— produce dos efectos: la preclusión o pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, y la invalidez jurídica del acto que, a pesar de la pérdida de la facultad procesal, se realizó.

Las doctrinas de la Corte —como se dice en seguida— no se apartan de las tesis acabadas de exponer.

“En general —ha conceptuado ella en varias ocasiones— puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción (subraya esta Sala), sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuida sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley”. (Casación Penal. Noviembre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....174, 1ª y 2ª

#### CADUCIDAD (Efectos de la declaración de caducidad de un contrato)

— 26 —

Es evidente que la declaratoria de caducidad pronunciada por la vía administrativa produce el efecto de terminar el contrato conforme lo ha expresado reiteradamente la Corte. (Negocios Generales. Agosto 6 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....202, 2ª

#### CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN (Diferencias entre una y otra)

— 27 —

Como lo ha dicho la Corte en otros casos, no es lo mismo la prescripción que la caducidad, pues en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda. El ar-

artículo 5º de la Ley 160 de 1936 prevé un caso de caducidad y no de prescripción, y por lo tanto la presentación de la demanda evitó que se produjera la caducidad contemplada por aquella disposición legal. (Negocios Generales. Mayo 13 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....194, 1ª

#### CAMBIO DE RADICACION

— 28 —

El cambio de radicación de un proceso penal debe ordenarse cuando ello sea indispensable para la recta administración de justicia o cuando el procesado padezca de enfermedad grave comprobada que exija el cambio de clima o de residencia del mismo. Cuando se trata de delitos de la competencia de un Juez Superior de Distrito, el cambio a otro Distrito debe ser pedido al Gobierno Nacional, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia; y si se trata de delitos de la competencia de un Juez de Circuito, el cambio debe ser solicitado al Gobernador del respectivo Departamento, con aprobación del respectivo Tribunal Superior (artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal).

De tal suerte que el Gobierno Nacional puede, previo concepto favorable de la Corte, disponer el cambio de radicación de un proceso, cuyo conocimiento corresponda a un Juez Superior, de un Distrito Judicial a otro, al paso que el Departamental sólo puede ordenarlo de un Circuito a otro Circuito, dentro del mismo Distrito y siempre que el proceso sea del conocimiento de un Juzgado del Circuito.

En el presente caso, el proceso cuyo cambio de radicación se solicita, es del conocimiento del Juez del Circuito Penal, pues el delito de calumnia e injuria, que es el investigado, es de la competencia de dichos juzgados. Este hecho, por sí solo, sería sufi-

ciente para fundamentar el concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado.

En cuanto al argumento traído por el Tribunal referente a que pudiera argüirse falta de imparcialidad por parte de los jueces de ese Distrito, tanto para la instrucción del proceso como para el fallo correspondiente, en virtud a que dichos funcionarios han sido nombrados por ese Tribunal, es cuestión que no puede admitirse porque ello iría contra la dignidad de los ciudadanos que ejercen la delicada misión de administrar justicia y en quienes hay que suponer la suficiente independencia y absoluta honorabilidad en el desempeño de su augusta labor. (Casación Penal. Auto. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....714, 1ª y 2ª

#### CAMBIO DE RADICACION

— 29 —

Las seguridades que la ley procedimental confiere para el juzgamiento de los infractores de la ley penal, no sólo hacen referencia a las garantías de que debe disfrutar el sindicado o procesado en relación con la administración de justicia, sino también, a aquellas seguridades personales a que tiene derecho para la conservación de su integridad personal, y es natural y obvio que si en el lugar donde se cometió el delito pelagra su vida por la amenaza o posible ejecución de hechos que atentan contra su integridad personal, ese lugar es el menos aconsejable para su juzgamiento y en orden a garantizar esos derechos el proceso debe radicarse en un Distrito Judicial distinto, donde el lugar sea más propicio para proteger la vida e integridad humana del procesado, y la justicia tenga un ambiente más propicio para su cumplido desarrollo.

Si el delito por la forma y gravedad en que se realizó "ha despertado consternación, pavor e indignación en todos los círculos so-

ciales" es natural que esa indignación que se traduce en enojo, ira o enfado contra la persona o contra los actos realizados por ella, tenga sus proyecciones sobre todos los elementos que en un momento dado componen determinado núcleo social. Y así la influencia de esa pasión proveniente de un hecho delictuoso, en el cual sus protagonistas ocupan puesto preeminente dentro de la sociedad, bien pueden influir en el ánimo de las personas que por uno u otro motivo tengan que administrar justicia, y es, precisamente, para evitar estos factores de perturbación en la recta administración de justicia por lo que la ley estableció un derecho en favor de los sindicados o procesados para que puedan ser juzgados en un Distrito Judicial distinto de aquel en que se cometió el delito. (Casación Penal. Auto. Octubre 25 de 1948. T. LXV. 2068-2069).....360, 2ª y 361, 1ª

#### CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

— 30 —

El alcance de la ley 5ª de 1943 no puede ir hasta permitir que el Gobierno Nacional o Departamental, según el caso, pueda ordenar el cambio de radicación de una causa criminal con prescindencia de todos los requisitos de que trata el artículo 58 del Código. Pues, sería verdaderamente absurdo el hecho de que sin tenerse conocimiento de que por cualquier circunstancia pudieran vulnerarse los derechos que tiene el procesado —elemento de la Policía Nacional— para que sea juzgado con la plenitud de las formalidades propias del juicio, por las autoridades competentes a virtud del lugar donde se cometió el delito, se pudiera arrebatarse el proceso a esas autoridades para colocarlo arbitrariamente en manos de otras.

El hecho mismo de que el Gobierno envíe

a la Corte la solicitud sobre el cambio de radicación con el objeto de obtener "el concepto correspondiente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 58 del Código de Procedimiento Penal y 5° de la ley 5ª de 1943" —como lo dice el despacho remisorio— está indicando la necesidad de la comprobación, más o menos aceptable, de los requisitos a que se refiere el artículo 58 para fundamentar el concepto. Si tales requisitos no se exigieran, por tratarse de procesados pertenecientes a la Policía Nacional, el Gobierno resolvería de plano el cambio de radicación, sin concepto favorable de la Corte, ya que ésta no podría darlo sin tener la convicción de la conveniencia para la recta administración de justicia o de la necesidad de conservar la salud del procesado, cuestión que no podría adquirir sin los elementos necesarios para ello. (Casación Penal. Auto. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

727, 1ª

**CAMBIO DE RADICACIÓN (No es suficiente para que se decrete, el hecho de que un funcionario esté impedido)**

— 31 —

Las causales de impedimento de que tratan los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal, no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso. (Casación Penal. Auto. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....714, 2ª

**CAMBIO DE RADICACION (Quiénes pueden pedirlo)**

— 32 —

Teniendo en cuenta el artículo 58 del C de P. P., solamente tienen la facultad para pedir el cambio de radicación de un proceso penal, las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso, como sería el Agente del Ministerio Público, el procesado o su representante—apoderado o defensor— y la parte civil, o su mandatario judicial, que son las partes que intervienen en el proceso penal; pero cuando el cambio de radicación se pide —como en el presente caso— por una persona (denunciante) extraña al proceso, el concepto de la Corte no puede ser favorable. (Casación Penal. Auto. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....714, 2ª

**CARENCIA DE ACCION**

— 33 —

La carencia de acción no es propiamente una excepción, aunque sus efectos sean similares a los de una excepción encaminada a destruirla. Si el actor carece de derecho dentro de lo alegado en la demanda, la acción no existe. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....259, 2ª

**CASACION (Medios nuevos)**

— 34 —

En casación no son admisibles medios nuevos que alteren el pleito ventilado en las instancias y que en ellas no se controvertieron. (Casación Civil. Abril 27 de 1949. Tomo LXV. 2070-2071).....695, 2ª

**CASACION (Auto que declara admisible el recurso)**

— 35 —

El hecho de haber sido declarado admisible el recurso de casación no le da a la Corte una competencia de que por ministerio de la ley carece para considerar la providencia proferida por el Tribunal, puesto que las leyes que fijan la competencia y determinan el procedimiento son de orden público y no susceptibles de variaciones ni de acomodaciones a casos particulares y porque los jueces usurpan jurisdicción cuando la ejercen sin tenerla legalmente (art. 148 del C. J.). (Casación Civil. Abril 20 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 680, 2ª

**CASACION**

— 36 —

Las disposiciones meramente procedimentales escapan al recurso de casación. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 672, 1ª

**CASACION (Técnica de)**

— 37 —

Sólo por las vías del error cuya nitidez excluye el libre acceso de las opiniones individuales que respecto de las probanzas cada cual llegue a formarse, puede la Corte variar dentro de este medio extraordinario (recurso de casación) las estimaciones que en segunda instancia, hayan recaído sobre el material de decisión; el simple enunciado de circunstancias que en sentir de quien las alega han debido presidir la operación intelectual del Juez, como indicativo de un camino más lógico o por cualquier otro aspecto mejor que el adoptado por el Tribunal

apenas si denuncia el criterio que la parte recurrente habría seguido si, puesta en el lugar de aquél, hubiera solucionado el pleito. El recurrente ni siquiera encaja en alguno de los dos géneros de yerro ya nombrados la falla que imputa a la sentencia pretendiendo la prosperidad del recurso a base de que la Sala encuentre mejor que la del juzgador de segunda instancia la valoración y justiprecio que él asigna al acervo probatorio, olvidando que ese simple cotejo de opiniones no es cauce apto para el recurso; cuya prosperidad depende de errores evidentes de hecho o de claros vicios de ilegalidad en la estimación de las pruebas, circunstancias que no se destacan en el caso presente. (Casación Civil. Febrero 16 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 334, 2ª

**CASACION (Por errónea apreciación de indicios)**

— 38 —

Tratándose de la prueba indirecta de indicios no es dable en casación, según reiterada jurisprudencia, variar el juicio ponderativo, más moral que jurídico, que el sentenciador ha hecho por facultad legal sobre las calidades de gravedad, precisión y conexión que deben ostentar los hechos que se consideran como fuente indiciaria. (Casación Civil. Enero 31 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . 327, 1ª

**CASACION (Cuándo puede ser variada en casación la apreciación probatoria hecha por el Tribunal)**

— 39 —

Como bien puede observarse, el fundamento del cargo no es un error evidente de hecho ni uno de derecho, sino que, en sentir de quien lo formula, el Tribunal no aplicó "la hermenéutica más elemental"; se está en

presencia, pues, de una discrepancia entre el parecer del recurrente y el del sentenciador, la cual no conllevaría la casación del fallo aunque fuera resuelta a favor del primero, comoquiera que la apreciación probatoria del Tribunal no puede ser variada sino por los errores que la ley señala como vías aptas para su descalificación y enmienda. No se trata del desconocimiento judicial de hechos probados, ni de viciosa aplicación de las normas sobre pruebas, sino de que el recurrente pretende enfrentar su criterio al del juzgador, lo cual es inadmisibile como tantas veces se ha advertido. (Casación Civil. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

601, 1ª

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

— 40 —

La Corte dijo en sentencia que corre publicada en el número 1896 de la GACETA JUDICIAL, página 640, entre otras cosas: "Ninguna de las disposiciones que el recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de unas pruebas y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley

sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equívoca apreciación probatoria es indispensable, que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración de 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 reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho, no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J., ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación Civil. Enero 31 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 327, 1ª y 2ª

**CASACION (Cuándo procede la causal 2ª)**

— 41 —

Conforme a constante y conocida jurisprudencia de la Corte, la causal segunda de casación en materia civil es meramente formal y sólo se presenta cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la litis; cuando se deja de decidir sobre algunos de los que han sido materia de la controversia; cuando se condena en más de lo pedido, o cuando no se falla sobre las excepciones oportunamente alegadas, siendo el caso de hacerlo. (Casación Civil. Marzo 30 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 642, 1ª

**CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)**

— 42 —

No basta, según doctrina constante de la Corte, alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas, sin especificar cuáles, pues como el recurso de casación no es una tercera instancia, no puede la Corte entrar a estudiar todo el proceso para efectuar una nueva valoración probatoria. Es necesario que el recurrente precise las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error de derecho evidente al apreciarlas. (Casación Civil. Marzo 31 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 650, 2ª

**CASACION (Técnica de)**

— 43 —

Si al estudiarse una demanda de casación, la sentencia no es casada, la Corte no puede entrar a conocer de las nulidades adjetivas o meramente procedimentales de que adolezca el proceso, porque en ese caso no es juez de instancia. La Corte tiene tal carácter

cuando rompe la sentencia del Tribunal y entonces, en su caso, se sustituye a éste como juzgador de segundo grado y dicta el fallo correspondiente. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 671, 2ª

**CASACION (Requisitos de la demanda de)**

— 44 —

En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda de casación debe formularse según lo preceptuado en el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, en atención a lo establecido en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, la demanda debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, con la indicación clara y precisa de sus fundamentos y con la cita de los textos legales que se estimen infringidos. Si son varias las causales, deben exponerse en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una. (Casación Penal. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .... 738, 1ª

**CASACION (Diferencia entre interposición y fundamentación del recurso)**

— 45 —

El artículo 2º de la Ley 69 de 1945 permite que los procesados, en el desarrollo de la acción penal, puedan interponer sin necesidad de apoderado, recursos dentro del proceso, pero, como lo ha explicado ya la Corte, una cosa es interponer el recurso de casación, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto de dicho recurso extraordinario. Lo primero puede hacerlo el procesado mismo; lo segundo no compete sino a aquella persona que tenga la cate-

ría de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúna estas condiciones. (Casación Penal. Auto. Abril 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....796, 2ª

**CASACION (Cuándo procede por perjuicios en procesos de que conocieron jueces de Circuito)**

— 46 —

Respecto de los procesos a que hace referencia el artículo 559 del C. de P. P., no es exacto que se requiera, en los tramitados ante los jueces de circuito, que la pena señalada en la respectiva disposición sea de cinco años o más, pues para los perjuicios sólo exige la ley que la cuantía sea de tres mil pesos o más, independientemente de la pena privativa de la libertad que corresponda al hecho. (Casación Penal. Auto. Febrero 15 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....442, 1ª

**CASACION (Cuando existe algún desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, la causal pertinente es la 3ª, no la 1ª)**

— 47 —

Si el recurrente consideró que la sentencia del Tribunal de instancia estaba en desacuerdo con el veredicto del jurado, por cuanto que en la respuesta de éste se agregó como explicación que el delito había sido cometido en riña, sin mencionar lo imprevisto de la misma, que es la única modalidad susceptible de atenuar la responsabilidad en el caso, la causal que debió proponer a la consideración de la Corte no era otra que la contemplada en el ordinal 3º del artículo 567.

Al invocar la causal primera por violación de la ley penal, alegando que el Tribunal de instancia debía condenar al reo sin tener en

cuenta la riña, que reconoció el jurado, resulta indudable que el recurso de casación fue mal formulado, pues la causal primera según doctrina constante de la Corte, apenas debe invocarse como subsidiaria de la causal tercera, que debió presentarse en este caso como principal. (Casación Penal. Febrero 19 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ...456, 1ª

**CASACION (Causal 3ª — Límites de la facultad del juez de interpretar el veredicto)**

— 48 —

La norma que regula en general las relaciones entre el jurado y el Juez es la de que la sentencia debe dictarse de conformidad con la calificación que el primero haya dado a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; significa que el Juez —al aplicar la ley penal— no puede separarse de tal calificación sin incurrir en el típico desacuerdo entre el veredicto y la sentencia.

Ella comprende no sólo los elementos esenciales de la infracción (homicidio intencional, culposo, concausal, ultraintencional), sino también, cuando concurren, las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, como la excusa de la provocación y la riña, o las eximentes, como el estado de necesidad y la legítima defensa; y sin que el jurado, al emitir su veredicto, esté obligado a adoptar las expresiones técnicas que representen o designen aquellas circunstancias; compete al fallador, sin invadir la jurisdicción del jurado ni afectar la preeminencia que le dio la ley, ni sustituirlo en sus funciones, interpretar el veredicto a la luz de las tesis controvertidas en el proceso, y aplicar la ley penal, de acuerdo con la tesis que, por exclusión de las demás, haya tenido como más real y verídica el jurado. (Casación Penal. Febrero 8 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....436, 2ª

**CASACION (Sólo contra las sentencias condenatorias puede interponerse por perjuicios)**

— 49 —

Ya ha explicado la Corte por qué se necesita que la sentencia contra la cual debe interponer el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria: porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlos (artículos 92 del C. P. y 2341 del C. C.). Casación Penal. Auto. Febrero 15 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 442, 1ª

**CASACION (Cuándo puede ser interpuesta por la parte civil)**

— 50 —

El artículo 559 del Código de Procedimiento Penal, al consagrar el derecho que tienen las partes para interponer el recurso de casación por perjuicios, no condiciona el ejercicio de ese derecho a la modalidad de que el fallo proferido por el Tribunal contenga la declaración expresa de que se condena a una suma determinada, o concreta, que sea o exceda de tres mil pesos, sino a la **cuantía de la acción por perjuicios**, que se determina en la respectiva demanda o aquella que se establezca en el curso del proceso penal, o bien a aquella que se fijó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 524 del Código de Procedimiento Judicial.

El Juzgado en sentencia de fecha 19 de septiembre de 1947 condenó al procesado al pago de perjuicios en la cantidad de \$ 6.800 moneda legal, pero el Tribunal al revisar la sentencia observó que no se había dado estricto cumplimiento al mandato contenido

en el artículo 26 de la ley 4ª de 1943 que dispone que el avalúo de los daños y perjuicios debe ser aprobado por el Juez de la causa, y este motivo dio lugar para que se reformara la respectiva sentencia, en el sentido de condenar al procesado al pago de perjuicios en abstracto. Pero este hecho — se repite — no implica el desconocimiento de un derecho que la ley otorga a la parte civil para interponer el recurso de casación por perjuicios: lo primero, porque en ningún texto legal se ha dicho que el ejercicio de ese derecho se condiciona al reconocimiento que el fallador de segunda instancia haga en la respectiva sentencia de una suma determinada —tres mil pesos o más—; y lo segundo, porque no debe confundirse el ejercicio de la acción civil por perjuicios dentro del proceso penal, con la cuantía misma; esa cuantía, tres mil pesos o más, que puede determinarse en las formas señaladas por el Código de Procedimiento Civil, es la que rige o sirve de norma para la interposición del respectivo recurso de casación. (Casación Penal. Auto. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 426, 2ª y 427, 1ª

**CASACION (Diferencia entre interposición y fundamentación del recurso)**

— 51 —

El artículo 2º de la ley 69 de 1945 estableció, entre las excepciones al principio general de que nadie puede litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, la de que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos; solicitar la libertad provisional y la condicional; actuar en las diligencias, e intervenir directamente en los casos que de manera expresa autorice la ley.

Pero, como lo ha explicado la Corte, una cosa es interponer el recurso de casación, y

que éste sea admitido, y otra cosa es la demanda en que se fundamentan las razones en que se apoya el recurrente para solicitar que la sentencia del Tribunal sea objeto del recurso extraordinario de casación, que es un juicio contra la sentencia y que, por lo mismo, tiene que estar rodeado de ciertas condiciones para que prospere, pues de otra manera ello equivaldría a considerarlo como una tercera instancia, haciéndole perder los fines esenciales en que un recurso de tal índole se sustenta. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .429, 2ª

#### CASACION (Requisitos de la demanda)

— 52 —

Vale la pena recordar, una vez más, que en repetidas ocasiones la Corte ha considerado que en casación los recurrentes no pueden contentarse con enunciar sus tesis, sino que tienen el deber de demostrarlas, porque la Sala no puede tomar el lugar de aquéllos para suplir las deficiencias o vacíos que contenga la demanda en que se fundamenta el recurso. No es la casación una tercera instancia y, por lo mismo, la Corte no puede proceder oficiosamente a revisar el proceso. La demanda debe ajustarse en su forma y en su contenido a lo que el estatuto civil establece en su artículo 531 del Código de Procedimiento Civil. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....416, 2ª

#### CASACION

— 53 —

De conformidad con el mandato del art. 568 del C. de P. P., el recurso de casación está limitado, puesto que oficiosamente no es posible que la actuación del recurrente obligue a la Corte a revisar en toda su plenitud el fallo de instancia, porque de otra

suerte tal recurso dejaría de ser extraordinario, como lo es, para no distinguirse en forma alguna de la simple apelación, en la cual sí cabe que el superior analice por todas las fases el fallo que revisa, sin limitación distinta a la de encontrar la legalidad del mismo.

De ser otra la doctrina, el recurso no sería diferente de una tercera instancia, y los fines extraordinarios que la ley se propuso al crearlo, no tendrían existencia alguna. (Casación Penal. Febrero 19 de 1949. Tomo LXV. 2068-2069) .....456, 1ª

#### CASACION (Cuándo hay lugar a casar un fallo en materia penal por errónea apreciación o valoración de indicios)

— 54 —

(Véase "Indicios". — Cuándo su errónea apreciación o valuación dan lugar a la casación del fallo", en este INDICE).

#### CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

— 55 —

Tanto la ley, como la doctrina, han determinado el método o criterio a que el recurrente debe someterse cuando la impugnación de la sentencia se basa en la violación de la ley por error en la apreciación de una prueba; así, el mandato del artículo 520 la Corte lo ha distribuido en una serie de obligaciones sucesivas enlazadas entre sí y convergentes al único propósito de obtener la enmienda: el error y su demostración (sea de hecho o de derecho), la violación de la ley sustantiva como consecuencia del error, y, finalmente, la influencia o determinación del error en la resolución del fallo impugnado. Casación Penal. Noviembre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....173, 2ª

**CASACION (No procede este recurso contra la providencia regulada por el artículo 153 del C. de P. P.)**

— 56 —

Si lo que acaba de exponerse no fuera suficiente para concluir que las mal llamadas sentencias a que dé lugar la aplicación del artículo 153 no son susceptibles del recurso de casación, medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están destinadas a ser objeto de la crítica, todavía podría agregarse la siguiente: ¿De qué manera operaría este recurso contra una providencia de tal género?

Si se observan los motivos de las causales que taxativamente la ley establece respecto del recurso de casación, las cuales no son sino siete, no habrá forma de eludir la conclusión negativa. En efecto, sería inoperante la causal 3ª, porque no habiendo auto de proceder no se presentaría el desacuerdo de la sentencia con dicho auto ni, desde luego, con el veredicto. Tampoco la 4ª, porque si no hubo juicio mal podría hablarse de nulidad en el mismo. Ni la 5ª, porque la obligación de expresar los hechos que se consideran probados es solamente con respecto a las sentencias (letra a) del artículo 159 de Código de Procedimiento Penal). Ni la 6ª, porque precisamente no ofrecería este caso de incompetencia. Ni la 7ª, como es obvio, porque no habiendo existido debate con el tribunal popular no sería posible el veredicto contradictorio.

Quizás solamente podría tener efecto la 1ª, que generalmente es consecencial, y la 2ª. Es decir, prácticamente una, lo que ya está indicando la irregularidad del caso.

Pero es preciso recordar que el conocimiento de los Jueces Superiores de los delitos que les atribuye el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal no es aislado

sino con la intervención de los jueces de conciencia y que, excepcionalmente, prescinden de esa cooperación cuando se trata de hechos cometidos por eclesiásticos.

Razón final para demostrar lo que sin ella estaba ya demostrado. Porque de otra manera se concedería un recurso de casación respecto de un proceso (falsedad) fallado sin el llenó de las formas propias del juicio. Y si este conocimiento fue incompleto, puesto que debiendo —conforme al artículo 45 que antes se citó— intervenir, el jurado, éste no intervino, perdería su apoyo legal (art. 556) el recurso de casación. (Casación Penal. Auto. Marzo 15 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....162, 1ª

**CASACION (En los juicios en que intervino el Jurado es improcedente la causal 2ª)**

— 57 —

Como lo ha repetido la Corte, la causal 2ª de casación no puede tener cabida en los juicios en que interviene el Jurado, porque el Tribunal de hecho decide en conciencia y, por consiguiente, la valoración de las pruebas corresponde a un proceso subjetivo que no es susceptible de modificación por un tribunal que ha de decidir directamente sobre el fallo de derecho y no sobre la apreciación íntima que los jurados pudieron tener para llegar al veredicto. (Casación Penal. Octubre 6 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

117, 2ª

**CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede cuando el error se cometió en la parte motiva de la sentencia)**

— 58 —

Es sabido que es la parte resolutive de una sentencia la que obliga; la que fija entre los litigantes las relaciones jurídicas

emanadas de la sentencia misma. La parte motiva es la base de la resolutive y sirve para su interpretación. Lo cual indica que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos, o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo, no sería la consagrada por el numeral 2º del artículo 520 del C. J. que dice relación a la forma, sino otra muy distinta. (Casación Civil. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

632, 2ª

### CAUSAL 1ª DE CASACION

— 59 —

La causal primera de casación prospera, en general, cuando se ha violado la ley penal material, sea porque se interpretó erróneamente, sea porque se aplicó indebidamente, al fijar la pena que debe corresponder al delito, de conformidad con el mandato del artículo 36. (Casación Penal. Enero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 406, 2ª

### CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION

— 60 —

Evidentemente, hubo un error de técnica procesal al presentar, como fundamento de la causal 1ª, lo relativo a la legítima defensa, pues, hay más lógica con los hechos que se pretenden demostrar en demanda de casación y en juicios en que no ha intervenido el jurado, invocar la causal 2ª, cuando de legítima defensa se trata, ya que ésta necesariamente se desprende de determinados hechos y a éstos se les ha podido atribuir —en la sentencia— un valor probatorio que no tienen, o negado el que sí tienen, o no se les ha tenido en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, por errada apre-

ciación o interpretación de los mismos. Y porque esos hechos que estructuran la legítima defensa son elementos eximentes o, al menos, modificadores de la responsabilidad (como cuando exista exceso en esta circunstancia) en los autores o partícipes del hecho punible. (Casación Penal. Marzo 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 702, 1ª

### CAUSAL 2ª DE CASACION

— 61 —

La causal segunda de casación por errada interpretación o apreciación de los hechos que hayan influido en la determinación de la sanción, es viable en este proceso, por cuanto no habiendo intervenido en él los jueces de conciencia, puede la Corte entrar en la discriminación de esos hechos a fin de establecer si las razones o motivos que guiaron al Tribunal de instancia, si permiten la valoración de ciertas circunstancias individualizadoras de la pena. (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

469, 1ª

### CAUSAL 2ª DE CASACION

— 62 —

Siendo la casación penal por su esencia misma un juicio de derecho contra la sentencia, sería tanto como desnaturalizarla hacerla extensiva hasta inquirir si la convicción íntima del Jurado tuvo bases en el proceso penal. (Casación Penal. Octubre 6 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 118, 1ª

### CAUSAL 3ª DE CASACION

— 63 —

El numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, enumera dos moti-

os por los cuales se puede impugnar una sentencia en casación: el primero, hace referencia al hecho de que la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder; y el segundo, comprende aquellos casos en que la sentencia se halle o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

La interpretación del artículo 567, numeral 3º —primer motivo— cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, no ofrece dificultad alguna en cuanto a su aplicación cuando la sentencia impugnada es de aquellas proferidas en juicios en los cuales no interviene el Jurado, porque en esos juicios, que se denominan de puro derecho, tanto el auto de proceder, como la respectiva sentencia que concreta la responsabilidad, se dictan por el Juez Municipal, de Circuito o Superior —según el caso— es decir, que tanto los hechos como la responsabilidad que por ellos se pueda deducir son calificados por el juez de derecho, sin que su decisión en cuanto a estos factores (hechos y responsabilidad) se halle intervenida por ninguna entidad.

Pero no ocurre lo mismo en los juicios en que interviene el Jurado. En éstos, el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado, es el Tribunal popular quien determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma.

El juez de derecho —en los juicios por jurado— sólo tiene facultad para interpretar y desarrollar el veredicto de acuerdo con la calificación que el tribunal de conciencia dé a los hechos, acomoda su decisión a los términos de la ley penal. Si el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, la misión del juez debe ser la de aplicar la ley escogiendo la pena correspon-

diente a los hechos sobre los cuales ha verificado el debate; sólo cuando la decisión del Jurado no se atempera a la realidad procesal, puede ejercer la facultad y el derecho de declararlo contrario a la evidencia de los hechos, y, por consiguiente, ordenar la convocatoria de nuevo Jurado.

En los juicios por Jurado, el Juez de derecho recobra su potestad jurisdiccional para medir y calificar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, pero no para decidir sobre los hechos modificadores o elementos constitutivos del delito, ya que esta facultad es privativa del Jurado y no del Juez de derecho. De no ser así, la Corte, al invalidar un fallo por el primer motivo de la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, “no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder”, dictaría una sentencia sin tener en cuenta el veredicto del Jurado que es su fundamento inmediato, y correría el peligro de convertirse en Juez de derecho y en Juez de hecho; lo primero, porque en la sentencia necesariamente tendría que prescindir de los artículos 480, 499 y 28 de la ley 4ª de 1943, que atribuye competencia al Jurado para resolver sobre los hechos y la responsabilidad; y segundo, porque al dictar un fallo de esta naturaleza, prácticamente se arrogaría las facultades del Jurado convirtiéndose en tribunal de hecho, función ésta que no le ha sido conferida por la ley.

Si el Jurado es la entidad que califica el hecho y determina la responsabilidad, y si éste es quien debe pronunciarse sobre todas las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma, no puede obtenerse un veredicto que consulte la verdad material del proceso y sea un reflejo exacto de los hechos debatidos, cuando el Juez en la redacción de los cuestionarios no tiene en cuenta las circunstancias favorables a los intereses del procesado, porque esta omisión atenta con-

tra las bases esenciales del proceso, ya que prácticamente conduce a la violación de las garantías constitucionales consagradas por el artículo 26 de la Carta, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El Tribunal, en el pliego de cargos que contiene el auto de proceder, imputó al procesado la realización de un homicidio dentro de las circunstancias previstas por el art. 385 del Código Penal, que disminuye la pena de una sexta parte a la mitad; esta modalidad — complicidad correlativa — debió incluirse en respectivo cuestionario para que el Jurado dentro de su autonomía, sin traicionar los intereses del procesado y los de la sociedad, se hubiera pronunciado sobre el particular, cumpliendo en esta forma la misión que la ley le ha confiado. (Casación Penal. Febrero 16 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 445, 1ª y 2ª

CAUSAL 5ª DE CASACION

— 64 —

Es doctrina de la Sala que para que un fallo se invalide por virtud de la causal quinta, es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en manera alguna los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fue su autor, para luego exigirle responsabilidad. (Casación Penal. Octubre 6 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 118, 1ª

CAUSAL 7ª DE CASACION

— 65 —

La causal séptima de casación se refiere al hecho de que la sentencia se dicte sobre un veredicto contradictorio, contradicción

que se deduce de las respuestas emitidas por el Jurado a los respectivos cuestionarios y no de la oposición del veredicto con las pruebas del proceso que son la fuente de información, porque en este caso, el veredicto no sería contradictorio sino contrario a la evidencia de los hechos procesales. Sólo el veredicto contradictorio da fundamento para impugnar la sentencia, ya que el tema de la contraevidencia del veredicto, es propio de las instancias del juicio y no del recurso extraordinario de casación. (Casación Penal. Marzo 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071).

712, 1

**CESACION DEL PROCEDIMIENTO (No puede proferirse la providencia que regula el artículo 153 del C. P. P. para rechazar una denuncia infundada)**

— 66 —

Lo natural y lógico es que la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se pronuncie después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado del proceso", y no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena comprobación de los casos especificados, comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", todo lo cual da a entender que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar. Pero, sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no pueden dictarse sino como conclusión de proceso, y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama

ma "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal)", como ya lo dijo la Corte. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

145, 2ª y 146, 1ª

## COADYUVANCIA EN EL PLEITO

— 67 —

Por lo pertinente y porque contempla el problema por sus diversos aspectos se estima más importante recordar ahora la doctrina de la Corte sobre coadyuvación en sus dos casos de calificada o litis consorcial y simple, a que se refería el artículo 863 del anterior Código Judicial y a que se refiere el artículo 233 del actual, jurisprudencia citada en el número 681, T. 1; y en el número 2799 del T. 3; Orozco Ochoa, números 1380 a 1389, algunas de ellas reproducidas por Ortega Torres, jurisprudencia págs. 81 a 85.

Dicha jurisprudencia que ahora se reproduce y acoge es uniforme en el sentido de que la intervención **ad adyuvandum** de un tercero solamente puede tener lugar en los casos en que por efectos de la cosa juzgada la sentencia aprovecha o perjudica a quienes no litigaron, casos de excepción al principio de legislación universal consagrado en el artículo 17 del C. C., que el Código Judicial indica en los artículos 475, 476, 477 y 478, y que eran más numerosos en el Código abrogado (artículos 847 a 857).

Todos los casos de coadyuvación en general van condicionados a la existencia de un interés inmediato, directo y vinculado al juicio, o sea un interés jurídico.

Según la Corte, el interés jurídico existe en los siguientes casos, entre otros:

a) Cuando los efectos de la cosa juzgada afectan al tercero favorable o desfavorablemente. Serán ejemplos: la intervención del legatario en el pleito del heredero o la del fiador en el pleito del deudor principal.

b) Cuando la sentencia debe producir los efectos accesorios o reflejos previstos por la ley. Estos casos son: en los juicios en que se ventila una acción popular, que produce efectos respecto de terceros, cualquiera de éstos puede intervenir; en los negocios de estado civil que producen efectos **erga omnes** sucede otro tanto; en los asuntos en que se ejercite una acción de nulidad cuando no se cita a las personas a quienes pueda interesar que se declare la nulidad según lo ordena el artículo 477 del C. J., pueden éstas intervenir y, por último, los acreedores personales pueden intervenir en el pleito de su deudor, ya que a ellos los afecta el fallo en él pronunciado, de acuerdo con el art. 478 *ibídem*.

c) Cuando el cumplimiento de la sentencia corresponde al tercero. Ejemplos: si el marido que vive en régimen de sociedad conyugal o que no se ha liquidado provisionalmente ésta, es demandado, puede la mujer intervenir en el juicio, pues la sentencia en su caso sería cumplida sobre el caudal común.

d) Cuando la sentencia debe producir efectos probatorios en la relación entre el tercero y el adversario de la parte a quien ayuda. Por ejemplo, el proceso que se entable entre el donante y el donatario sobre la validez de una donación, la cual contiene una carga a favor de un tercero o entre el acreedor y el deudor respecto de la existencia de un contrato donde un tercero figura también como acreedor".

Para la motivación de esta providencia es oportuno recordar que, a más de interviniente adhesivo, de restringido radio de acción y de limitadas consecuencias, puede un tercero intervenir:

a) De manera voluntaria, como en los siguientes casos: tercería en juicio ejecutivo; en los incidentes de oposición al secuestro o porque alegue posesión del bien secuestrado.

do (artículos 1021 y 1023 del C. J.); por oposición a la entrega de una cosa a quien ganó el pleito (artículos 552, 882 y 1104 ibídem); porque se ejercita el derecho de retención, o el derecho a que se incluya una deuda en los inventarios de una sucesión, o porque se insinúe al juez el levantamiento del embargo en el caso del artículo 1011 ibídem;

b) De manera forzosa, como por ejemplo, cuando en juicio con acción real o mixta sobre la cosa hipotecada se cita a los acreedores hipotecarios; cuando el demandado en acción de nulidad hace citar a la persona que designe como interesada (artículo 477 ibídem); en juicio de deslinde cuando se cita a quienes tienen derechos reales principales en el mismo fundo y en el juicio especial de servidumbres (arts. 863 y 873 del C. J.), y

c) Por denuncia del pleito en los casos de los arts. 1989, 1402, 1480 y 2111 del C. C. (Negocios Generales. Auto. Marzo 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 844, 1ª y 2ª

#### COLISION DE COMPETENCIAS

— 68 —

Como en el caso a que alude el proceso se indica a varios sujetos de hechos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y de delitos comunes a un mismo tiempo, el conocimiento de ellos corresponde a la justicia militar y no a la ordinaria, de conformidad con los Decretos Legislativos números 1285, 1406 y 1895 de 1948. (Casación Penal. Auto. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 129, 1ª

#### COMPENSACION DE CULPAS

— 69 —

Conforme a lo estatuido en el artículo 2357 del C. C., la apreciación del daño, está

sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Además, como lo dijo la Corte en sentencia de 26 de octubre de 1939 (G. J. N° 1950, pág. 757): “La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos”. (Casación Civil. Marzo 30 de 1949. T. LXV. 2070-2071)

642, 2ª

#### COMPENSACION DE CULPAS

— 70 —

Las condenas con rebaja o disminución en el monto de la indemnización debida, sólo pueden hacerse cuando existe concurrencia de culpa. (Negocios Generales. Mayo 4 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 190, 2ª

**COMPETENCIA (Interpretación de las normas sobre competencia para el juzgamiento de delitos cometidos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de 1948)**

— 71 —

Los decretos de carácter extraordinario expedidos por el Gobierno en ejercicio de facultades constitucionales, confieren competencia a las autoridades militares para el juzgamiento de los delitos complejos, es decir, de los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, cometidos en conexidad con delitos comunes, o de aquellos delitos que se cometieron por

otivo de los hechos que dieron origen a la turbación del orden público, pero esa competencia de carácter excepcional — si así puede llamarse — no se extiende al juzgamiento de los delitos simplemente políticos cometidos por los particulares contra el régimen constitucional o la seguridad interior del Estado, ni para aquellos delitos comunes, que no tienen relación ni vinculación alguna con los hechos especialmente previstos en los decretos extraordinarios o en el Código de Justicia Penal Militar.

En tratándose de delitos complejos, o de delitos políticos cometidos por particulares en conexidad con delitos comunes, lo que determina la competencia de las autoridades militares es el motivo o móvil que se tuvo en cuenta en la realización de los hechos; móviles de causalidad mixta, político y común, político en cuanto es la manifestación de actos que tienden a subvertir el orden existente para reemplazarlo con otro, y común, en cuanto el agente activo del delito trata de suprimir directa o indirectamente todo obstáculo para la consecución del fin perseguido, sin detenerse por este aspecto en la comisión de delitos comunes.

De manera que cuando se trata de un delito esencialmente político, o de un simple delito común sin vinculación alguna con los decretos de carácter extraordinario y donde los móviles que determinaron su comisión son distintos de aquellos que animan los **delitos complejos o conexos** de que tratan los decretos-leyes, la competencia será de los jueces ordinarios y no de los militares, aunque tales hechos se hayan producido dentro de un estado de turbación del orden público.

Pensar que los decretos 1285, 1406 y 1895 confieren competencia a las autoridades de la justicia penal militar para conocer y juzgar “de todos los delitos cometidos en el país en los días 9 de abril y siguientes” sin ex-

cepción ni limitación alguna, sería tanto como aceptar que los decretos tienen virtud suficiente para derogar las leyes penales ordinarias, Código Penal y Código de Procedimiento Penal. La interpretación que debe darse al contenido del artículo 1º del decreto número 1895 de 4 de junio de 1948, no puede ser aislada, sino con vinculación directa a las normas establecidas en los decretos 1285 y 1406, y en estos decretos no se confiere competencia a las autoridades militares para juzgar de todos los delitos realizados en el país a partir de la turbación del orden público, sino para aquellos delitos cometidos antes o después de ese estado, y siempre y cuando esas infracciones de la ley penal tengan relación directa con los hechos que produjeron tal estado de cosas.

La circunstancia de que el ataque se produjera el día 11 de abril; cuando se hallaba turbado el orden público y en estado de sitio la República, no le quita a los delitos cometidos el carácter de comunes para convertirlos en delitos complejos de aquellos que contempla el decreto 1406 de abril 30 de 1948; lo primero, porque no se encuentra prueba en el sumario de que se hubiera cometido un delito contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y que por motivo de esos hechos se hubiera también cometido delitos comunes como homicidios, lesiones personales, saqueos o cualesquiera otros delitos contemplados en el Código de Justicia Militar; y lo segundo, porque si bien es verdad que los delitos se realizaron después de la turbación del orden público, ellos no tienen ninguna vinculación directa ni indirecta con los hechos que dieron lugar a ese estado, ni con los decretos de carácter extraordinario que atribuyen competencia a la Justicia Penal Militar. (Casación Penal. Auto. Diciembre 13 de 1948. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 394, 1ª y 2ª, 395, 1ª y 396, 1ª

COMPETENCIA TERRITORIAL DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA PARA ADOPTAR LAS MEDIDAS DEL ESTADO DE SITIO

— 72 —

Con el propósito de enfrentar debidamente el problema que la demanda de inexecutableidad plantea y la solución adversa que el Agente del Ministerio Público sugiere, comienza la Corte por aceptar la noción elemental de que la competencia territorial ordinaria del Presidente de la República se extiende al país entero; pero que al mismo tiempo las facultades de que queda investido por mandato del artículo 121 de la Constitución tienen un carácter extraordinario e importan una excepción trascendente de la esfera normal de sus poderes constitucionales y legales, y que este criterio de excepcionalidad debe orientar y regir la interpretación adecuada del precepto. Instituye éste que mediante ciertas formalidades de inexcusable cumplimiento puede el Presidente declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella; que en virtud de esta declaración tendrá, además de las facultades legales, las que el Derecho de Gentes reconoce para la guerra internacional; y que los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tienen carácter obligatorio, si están suscritos por todos los Ministros.

Se desprende de este ordenamiento, y de su relación con el artículo 118, Ordinal 8 de la misma Carta, que la fuente originaria de los poderes excepcionales del Presidente en tiempo de guerra es la declaración formalmente hecha de que el orden se ha turbado en toda la República o en parte del territorio nacional; o en otros términos, que su competencia para dictar decretos de obligatorio cumplimiento y con fuerza suficiente para suspender las leyes del Congreso está

subordinada a esa declaración, y sujeta a las limitaciones con que ella se profiere. Otra suerte no existiría diferencia ninguna entre el estado de sitio limitado a una marca y el general para toda la extensión de la República, de donde resultaría que el Constituyente impuso una distinción inútil e inoperante. Por lo demás, si el estado de sitio tiene por objeto localizar y aislar el foco de la rebelión o de la amenaza para dominarlo con mayor prontitud y eficacia con instrumentos de naturaleza extraordinaria no se ve el fundamento lógico de que tales medidas se extiendan a las regiones no afectadas, sometiendo así a sus habitantes a la jurisdicción de las autoridades militares con merma de las libertades ciudadanas que el derecho común consagra y sanciona. (Sala Plena, Julio 9 de 1948. T. LXV: 2066-2067)

13, 2ª y 14, 1ª

COMPETENCIA TERRITORIAL

— 73 —

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 55, al referirse a la competencia territorial, señala la regla general en cuya virtud es juez competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el del territorio en donde se cometió la infracción. Pero comoquiera que pueden surgir dificultades en la apreciación del territorio o lugar en que el hecho fue consumado, especialmente cuando de delitos crónicos o continuos se trata, cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones; o cuando el lugar fuere desconocido o el delito se cometiere en el extranjero, o en lugares distintos, era de todo punto necesario que la ley fijara normas precisas y concretas, a fin de zanjar los conflictos que pudieran presentarse en la determinación del territorio en donde la infracción se cometió. A este orden de principios responden los artículos 56 y

del Código Procesal Penal. (Casación Penal. Auto. Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-71) ..... 785, 1ª

**OMPLICIDAD (A qué se extiende la responsabilidad del cooperador necesario en los casos de delitos de dolo indeterminado)**

— 74 —

En los delitos de dolo indeterminado, el acto inicial de la cooperación puede ser como aquí uno solo y el cooperador necesario asume la responsabilidad de todos los actos causados por el autor material, sin que ello implique acuerdo previo de intención y voluntad para la realización de todos y cada uno de los delitos ejecutados, de manera que el cuestionario único que contempla la responsabilidad de Cortés Sánchez como cooperador necesario en los homicidios realizados por González Vargas, no tiene fuerza capaz para constituir una nulidad procedimental o constitucional, porque no se menoscabaron con ese acto las garantías defensivas de las cuales podían hacer uso el procesado o el defensor; la omisión de fórmulas en la redacción del cuestionario pudo alegarse en el acto de la audiencia para que previamente fuera subsanado, pero no como nulidad porque la ley no la ha consagrado como tal. (Casación Penal. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 75, 1ª

**CONCORDATO**

— 75 —

Forzoso es distinguir entre el Concordato como pacto en cuya preparación y acuerdo las altas partes contratantes no podían desatender las reglas del Derecho Internacional, que han de tener presentes quienes en sí lo estudien, y, de otro lado, la aplicación y cumplimiento de ese pacto en el suelo colombia-

no, en que han de regir las leyes de este país entre ellas, ante todo, la que dio esta calidad de ley de la República a tal convención. Establecido por esta ley que el conocimiento y decisión de los juicios de nulidad del matrimonio católico y de divorcio corresponden a los tribunales eclesiásticos y reconocida por la potestad civil la calidad de sentencias a las de esos tribunales en tales asuntos, ya no es la oportunidad de mirar hacia si dos potestades ajustaron y cómo el convenio, sino la de escoger y estimar las sentencias como él lo determinó.

Esa equivalencia de los fallos de tal procedencia y clase y los de la jerarquía civil conduce a ver en su registro lo mismo que ha de verse en el de éstas, es decir, de las sentencias de las autoridades civiles, con las finalidades, en lo pertinente, que la ley civil asigna a la institución del registro, sin lugar a ver en la exigencia del registro algo distinto de lo que la impone en tesis general para toda sentencia. (Casación Civil. Abril 28 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 698, 2ª

**CONCUSION (Comete este delito el funcionario público que divide el sueldo de sus subalternos o hace recortes en él)**

— 76 —

En ningún caso le es permitido al jefe de una oficina pública dividir el sueldo de sus subalternos, y menos recortárselo para beneficiar a personas extrañas, por más que éstas hayan colaborado en el buen mantenimiento del despacho oficial. Si así lo hace, su acto constituye abuso de autoridad, que es uno de los presupuestos de la concusión exigidos por la doctrina y por el artículo 156 de nuestro Código Penal. (Casación Penal. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

## CONCUSION

— 77 —

La concusión—que en un principio se confundió con el cohecho—es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o a prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: el abuso de poder—que es el medio— y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquier otra utilidad, que es el fin. La cosa prometida o entregada puede ser para el concusionario o para un tercero.

Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no sólo es aquel que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirlo a prometer o entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión *explícita* constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión *implícita* que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder; en el segundo, se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debido al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....106, 2ª y 107, 1ª

## CONDENA EN COSTAS

— 78 —

Nuestra ley enfoca la condena en costas según el artículo 575 del C. J., a base de ejercicio malicioso o culpable de la acción de la excepción o del recurso; sólo en singulares ocasiones da operancia a la regla *vis victori* que doctrinariamente va desplazando en las legislaciones modernas los principios directores de la nuestra al respecto como más acomodada que es a la naturaleza y fines del derecho de acción. El cumplimiento de las normas vigentes sobre costas hace que el Juez haya de enfrentarse con frecuencia a circunstancias difícilmente evendiciables dentro del esquema técnico del proceso civil como son la malicia y la culpa la primera, porque la represión no cabe adecuadamente dentro de un sentido cabal del proceso, y la segunda por la frecuente dificultad de comparar acertadamente la conducta del litigante vencido con la del hombre prudente colocado en circunstancias análogas; por ello el sólo vencimiento, objetivamente considerado, va imponiéndose como causa necesaria y única de la condena en costas, y por ello también las circunstancias subjetivas previstas todavía por la ley para aquella son de apreciación soberana por parte del Tribunal que escapa a la índole y límites de este recurso, como tantas veces lo tiene advertido la jurisprudencia. (Casación Civil. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071). 599, 2ª

CONDENACIONES ANTERIORES (Diferencias entre esta circunstancia de mayor peligrosidad y la del numeral 1º del artículo 37 del C. P.)

— 79 —

En la Comisión Penal colombiana, revisora de la ley 109 de 1922, que constituye un

recioso antecedente del Código Penal en vigencia, al discutirse los numerales 1º y 2º de las circunstancias de mayor peligrosidad que señala el artículo 37, virtualmente semejantes a los que aquella obra denominaba circunstancias agravantes, el doctor Escallón señaló así las diferencias constitutivas entre uno y otro:

“Las condenaciones anteriores, judiciales o de Policía —dice— se refieren a un caso completamente diverso al que contempla el numeral 1º. En el ordinal 2º se define el agravante constituido por anteriores delitos y contravenciones que no constituyan reincidencia; en el ordinal 1º se expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad. No se diga que con esto se invade el campo exclusivo de la moral, porque nadie ha pensado que la vida disoluta o depravada por sí sola constituya delito, sino que se tenga como circunstancia agravante de un delito que en la mayor parte de los casos ha tenido origen en su vida disoluta o depravada, la que se presenta entonces con carácter antisocial que ya no puede ser indiferente para el legislador ni para el Juez”.

Lo transcrito sintetiza, en forma muy completa, la diferencia que existe entre la circunstancia de mayor peligrosidad constituida por las condenaciones judiciales o de policía, que señala el numeral 2º y los antecedentes de depravación y libertinaje del numeral 1º. De manera que si el Tribunal apreció erradamente este hecho para determinar la sanción al reo, prospera la causal segunda, fundada en tal circunstancia, porque de no ser así, indudablemente se violaría la norma *non bis ibidem*, que impide castigar dos veces un mismo hecho. Y esto acontecería si los antecedentes del reo, que no hayan constituido todavía motivo para fallos judi-

ciales condenatorios, resultaren apreciados exactamente con el mismo criterio con que éstos lo fueran para agravar la penalidad por el cómputo de reincidencia. (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069. 469, 2ª

#### CONDENACIONES ANTERIORES (Cuándo se pueden computar como circunstancia de mayor peligrosidad)

— 80. —

La interpretación que se da en la demanda al numeral 2º del artículo 37 es, como dice el Procurador, inadmisibile. La condena, o las condenas anteriores, son —sea cual fuere su número— medida o medidas del grado de la peligrosidad, y sería ilógico y arbitrario que una condena anterior por ser una sola, fuera factor indiferente e inocho en la noción de la peligrosidad y sin repercusión alguna en la sanción.

No siendo jurídico tomar un solo hecho —la condena anterior— como reincidencia y circunstancia de mayor peligrosidad conjunta, y simultáneamente, ni siéndolo tampoco el tomarlo como base de calificación de la primera, debe serlo de la segunda, según la tesis de que cuando un mismo hecho es, en la ley, circunstancia modificadora del delito o de la responsabilidad o agravante del delito, y también circunstancia de peligrosidad, sólo se considera ésta cuando no se configura aquélla, excluyendo así la conjunta consideración de ambas. (Casación Penal. Noviembre 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

138, 1ª y 2ª

#### CONDICION (Requisitos de las nacidas de contratos)

— 81 —

Por constituir una excepción dentro del derecho común u ordinario, las condiciones

que se generan en las estipulaciones contractuales no pueden presumirse y deben ser expresadas en términos que revelen inequívocamente la intención de los contratantes de subordinar sus obligaciones a un hecho de tal naturaleza, sin necesidad de usar palabras sacramentales pero empleando expresiones que no dejen duda sobre el ánimo subordinante, que constituye la característica esencial de la modalidad condicional. (Casación Civil. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....626, 1ª

### CONFESION

— 82 —

No es lícito confundir jurídicamente la prueba de testigos con la confesión aunque ambas tengan su origen en el dicho del hombre; la primera sólo se realiza cuando emana de un tercero ajeno a la contienda, al paso que la segunda siempre es obra de alguno de los litigantes contra su propio interés, características éstas que no se pierden ni desvanecen cuando los testigos son el vehículo por el cual se introduce en el juicio la prueba de confesión.

En este último caso se está en presencia de una modalidad de esta probanza regulada en su índole y naturaleza por el artículo 604 del C. J., y en su mérito demostrativo por el artículo 608 *ibidem*, normas éstas bastantes para alejar por entero de la crítica relativa a dicha prueba las bases dadas por la ley para la testimonial comoquiera que siempre la mayor o menor fuerza de la confesión extrajudicial queda al juicio exclusivo y soberano del Juez. (Casación Civil. Febrero 22 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....337, 1ª

**CONJUEZ (Cuando el Magistrado impedido es reemplazado en el cargo cesan las funciones del Conjuez)**

— 83 —

Conforme al artículo 67 del C. J., los con-

jueces sorteados no pueden separarse del conocimiento de un negocio "sino cuando haya terminado completamente la respectiva instancia o recurso, aunque concluya o haya concluído el período para el cual fueron elegidos"; por lo cual resulta ilógica la conclusión deducida de esa disposición por el recurrente, para el caso de autos, ya que el doctor Gartner fue sorteado y actuó como conjuer para resolver un recurso de apelación distinto del presente, el cual terminó hace ya bastante tiempo. Por lo demás, ninguna razón válida ha encontrado la Corte hasta ahora para variar la doctrina sentada desde 1915, en el sentido de que cuando un Magistrado impedido es reemplazado en el cargo cesan las atribuciones de los conjueces, aunque hayan tomado posesión y comenzado a actuar en determinados negocios. (Negocios Generales. Auto. Marzo 25 de 1949. T. LXV. 2066-2067) .....288, 1ª

**CONSEJO DE ESTADO (Para qué cosa es necesario el concepto de esta entidad en caso de declaración de estado de sitio)**

— 84 —

Reafirma la Corte sus anteriores doctrinas, según las cuales el concepto del Consejo de Estado es indispensable para hacer la declaración de turbación del orden público, pero no para adoptar las medidas extraordinarias, entre las cuales queda comprendida la promulgación de decretos que aconsejen las circunstancias especiales que aquel estado produce. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....6, 2ª y 7, 1ª

**CONSEJO DE ESTADO (Cuándo el Gobierno puede decretar el estado de sitio sin su dictamen previo)**

— 85 —

Dentro de lo previsible de ordinario, que es como racionalmente deben entenderse los

receptos constitucionales y legales, y en lo civil las estipulaciones de los contratantes, por regla de hermenéutica, preciso es reconocer que el constituyente da por sentado que el Consejo de Estado se halle en la normal capacidad de dictaminar; de suerte que cuando contra esto se yergue una imposibilidad física, la fuerza mayor, hasta absurdo resulta que tal imposibilidad determine también la de amparar al país con la medida en referencia (la de declarar el Gobierno turbado el orden público). Si así hubiera de conceptuarse, el orden público y las instituciones quedarían desamparados por obra de estas mismas, ya que, por ejemplo, en caso de conmoción interior, bastaría a sus promotores apresar o secuestrar a los promotores apresar o secuestrar a los Consejeros de Estado, y en caso de guerra exterior a elementos desleales a la patria apresurarse a hacerlo. La Constitución no puede entenderse como una negación de sí misma ni su interpretación literal extremarse hasta prescindir de los inallanables estorbos. **Ad impossibilia nemo tenetur.** (Sala Plena. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069) . . . 300, 1ª

**CONSULTA (No procede respecto de la providencia que niega la cesación del procedimiento)**

— 86 —

El artículo 153 del C. de P. P. —en cuanto a consulta se refiere— no puede contener mayor claridad. Sólo debe consultarse la sentencia dictada a virtud de encontrarse —en el proceso— plenamente comprobada alguna de las causas señaladas por el mismo artículo. Pero si dicha sentencia no se ha dictado, como ocurre en el presente caso, nada tiene que consultarse, ya que, como lo dice el señor Procurador, la simple negativa de aplicar el citado artículo, sólo puede considerarse como auto interlocutorio, revisable

Gaceta—3

por el superior únicamente a virtud de apelación legalmente interpuesta, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. (Casación Penal. Auto. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 716, 2ª

**CONSULTA**

— 87 —

La sentencia —según la doctrina— es el acto jurisdiccional que define la relación de Derecho Penal entre el delincuente y el Estado, relación que ha sido el objeto de un determinado proceso, construido bajo la dirección de un Juez determinado según las normas de la ley procesal.

La consulta de una sentencia —al ordenarse y someterse a la decisión superior— establece otra relación jurídico-procesal, no entre las partes, sino entre los sujetos procesales, esto es, entre el Juez y el Tribunal, lo que importa para éste, no la potestad o facultad, sino la obligación, de decidir sobre la sentencia consultada; si la decisión del Tribunal, en consecuencia, se concreta a otra sentencia dictada por distinto Juez, que no se le ha sometido a revisión, destruye la relación jurídica que —por virtud de la consulta— lo liga al Juez del proceso, es decir, no falla sobre la consulta; y la sentencia que se dicte no es la que define la relación objeto del proceso, sentencia desprovista, por lo tanto, de todo valor jurídico. (Casación Penal. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 724, 1ª

**CONSULTA (Está sometida a ella la providencia que declara prescrita la acción penal)**

— 88 —

La Corte, de acuerdo con la Procuraduría, considera que debe consultarse la providencia por medio de la cual se declara prescrita

la acción penal, por estar establecido de manera expresa que la providencia por medio de la cual se ordena cesar el procedimiento por alguna de las razones señaladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento, entre las cuales se encuentra la prescripción de la acción penal, ha de ser revisable en consulta por el superior. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 431, 2ª

**CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO**  
(No es materia de estudio en casación)

— 89 —

Es doctrina constante de la Corte que en los procesos en que interviene el jurado, es extraño al recurso de casación el estudio de la contraevidencia del veredicto, ya que de ser de otra manera se desvirtuaría el juicio penal en que intervienen los jueces de conciencia, vulnerando las atribuciones que son propias de ese juicio. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .. 416, 1ª

**CONTRATO (A quién corresponde el ejercicio de la facultad alternativa del artículo 1546, C. C.)**

— 90 —

El ejercicio de la facultad consagrada por el artículo 1546 del C. C., o lo que es igual, la elección de pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior o, por el contrario, el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, corresponde al contratante que ha cumplido sus compromisos. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 672, 2ª

**CONTRATO DE TRABAJO**

— 91 —

Según la ley 6ª y el Decreto 2127, ambos de 1945 (artículos 1º y 2º) el contrato de trabajo existe desde que hay prestación de servicio personal, bajo una continuada dependencia o dirección y mediante un salario o remuneración. (Negocios Generales. Abril 25 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 853, 1ª

**CONTRATO DE TRANSPORTE Y  
CONTRATO DE TRABAJO**

— 92 —

El contrato de trabajo y el de transporte son dos instituciones jurídicas distintas, regidas por disposiciones legales propias de cada una de ellas y de consecuencias diversas: en el primer caso basta la prueba del hecho del accidente, acaecido en el trabajo o con ocasión de él, y de la lesión o daño con la debida relación de causalidad, para que haya derecho a cobrar los correspondientes perjuicios cuando se trata de patrón o empresario obligado a pagarlos; en el segundo caso se trata de la falta de cumplimiento oportuno y completo de la obligación que a favor de otro se ha contraído en virtud de la celebración de un contrato. Por eso no se puede trasladar el orden de ideas que predomina en la legislación del trabajo al terreno de la culpa contractual como bastante para exigir indemnización por incumplimiento de un contrato de transporte sin evidenciar la existencia de éste. - (Negocios Generales. Abril 25 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

853, 2ª

**CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y DECRETOS (A qué se extiende este control que ejerce la Corte)**

— 93 —

Según los principios que gobiernan la acción y el texto de las regulaciones positivas que la consagran, el control eminente confiado a la Corte respecto a los proyectos de ley, a las leyes del Congreso y a algunos decretos del Gobierno, taxativamente determinados, se limita a mantener el imperio de la Constitución sobre estos actos, impidiendo así las desviaciones del poder político y estableciendo la sujeción de las ramas legislativa y ejecutiva a los mandatos superiores instituidos por el Constituyente. De ahí que en la aplicación de este sistema de superlegalidad, la voluntad del legislador ordinario y del gobierno sólo sean susceptibles de objeciones por parte de la Corte en cuanto violen las reglas constitucionales, ya porque contraríen los preceptos sustantivos del Código Supremo o porque se hubieren dictado fuera de la esfera de competencia por éste establecida. Las transgresiones de otra índole — como la enunciada en la demanda cuando afirma que el decreto 163 <sup>(1)</sup> contraría las leyes ordinarias que quedaron citadas — no son por consiguiente un reparo viable aquí, pues como bien lo dice la Procuraduría General en su vista del negocio “por lo que hace a la acusación con fundamento en la violación de leyes ordinarias, es claro que el demandante olvidó que se estaba refiriendo a un Decreto Legislativo y solicitando una declaración de inconstitucionalidad, y no a un Decreto ordinario, en demanda de nulidad por contrariar simples mandatos legales”. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....7, 1ª

(1) De 1938.

**CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS (Cuál es su alcance)**

— 94 —

El mandato del legislador al Ejecutivo para que fije el precio de los arrendamientos es, pues, claro, dentro de una interpretación racional del ordenamiento, y se halla limitado a lo que queda dicho: la fijación del valor de éstos. No se extiende a otros aspectos de la materia propia de los contratos de arrendamiento. Llevarlo más allá del control de los precios, significaría tanto como admitir que al Gobierno se le hubiesen dado poderes discrecionales, no determinados, y así no se habría fijado el radio de la intervención; o que se le hubiesen otorgado facultades extraordinarias respecto de los arrendamientos; hipótesis ambas que conducirían a una conclusión de inexecutable de la ley acusada <sup>(1)</sup>, en el parágrafo del art. 3º. Por que la intervención no puede hacerse a virtud de autorizaciones extraordinarias y porque la intervención debe ser ordenada por mandato legal que señale claramente el objeto de ella, su radio o alcance y el grado en que se ha de intervenir. La disposición acusada resulta constitucional tan sólo como ordenamiento de intervención delimitado al control del precio de los arrendamientos. (Sala Plena. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....42, 1ª y 2ª

**CORTE SUPREMA (Sus atribuciones son más restringidas cuando decide de la constitucionalidad de un decreto legislativo que cuando se refiere esa decisión a una ley ordinaria)**

— 95 —

Aparece de la confrontación de los poderes que la Carta otorga al Presidente de la República para situaciones de anormalidad,

(1) 7ª de 1943.

y de las atribuciones que ella le asigna a la Corte Suprema de Justicia como encargada de la guarda de la integridad de la Constitución, que al conocer ésta de las demandas sobre inexecutable referentes a decretos extraordinarios expedidos durante la turbación del orden público, sus atribuciones no son las generales u ordinarias que aplica al resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos expedidos en tiempo de normalidad y de paz. Como consecuencia de los poderes presidenciales en el estado de sitio, el examen de la Corte respecto a la constitucionalidad de los decretos extraordinarios se produce en el campo más limitado o restringido que corresponde correlativamente a la amplitud de la función que el Presidente de la República ejerce cuando el orden público se altera. Habrá de verse entonces cómo la potestad legislativa del Presidente puede invadir zonas que en manera alguna podría afectar una ley del Congreso, en cuanto ella tocase los derechos individuales y las garantías sociales. (Sala Plena. Agosto 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 23, 1ª

**CUANTIA (Cuál es la de los perjuicios que debe tenerse en cuenta para decidir de la procedencia de la casación)**

— 96 —

En cuanto a la cuantía de la casación, lo que se debe tener en cuenta no es la condena hecha en la sentencia de primero o segundo grado, ni siquiera el avalúo de peritos, sino la pretensión del actor, porque precisamente han sido consagradas las acciones para deducir en justicia los derechos que se tengan o se crean tener. Para determinarlas es suficiente, pues, la estimación del demandante no contradicha, o cualquiera otra fijación de las que la ley prescribe.

La Corte, en la casación de Luis Rodríguez, de 28 de enero del presente año, sentó esta doctrina, diciendo que, para la casación por perjuicios, la cuantía de tres mil pesos o más podía determinarse en la demanda; o en el curso del proceso penal, o apelando al procedimiento del artículo 524 del Código de Procedimiento Civil. (Casación Penal. Auto. Febrero 15 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

442, 2ª

**CUESTIONARIOS AL JURADO (Manera como deben redactarse)**

— 97 —

Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del Jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario, no es constitutiva de nulidad.

Pero cuando en un solo cuestionario se interroga a los miembros del Jurado sobre hechos de igual naturaleza, que se realizaron al tiempo, en el mismo lugar, con circunstancias, modalidades y móviles idénticos, el veredicto del Jurado afirmativo o negativo de la responsabilidad no puede servir de fundamento para alegar una nulidad constitucional, porque no suscita incertidumbre alguna en cuanto al contenido de lo que en él se quiso expresar; habría en este caso, una omisión por la pretermisión de formalidades externas o escritas pero no una nulidad. Casación Penal. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 75, 1ª

**CULPA CONTRACTUAL (Acción de indemnización por)**

— 98 —

Para que pueda establecerse una acción indemnizatoria contractual es indispensable que se compruebe la existencia del contrato y que uno de los celebrantes lo incumplió. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....238, 1ª

**CULPA DE LA VICTIMA (Siempre exime de responsabilidad)**

— 99 —

Sea que el asunto se mire como culpa aquiliana o bien como contractual, la culpa comprobada de la víctima, en ambos supuestos, exonera de la responsabilidad, como se decidió en la sentencia apelada. (Negocios Generales. Octubre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....281, 2ª

**CULPA DE LA VICTIMA**

— 100 —

Si una persona contraviniendo precisas disposiciones legales reporta de su acto algún perjuicio, no sólo no puede reclamar indemnización por tal motivo, sino que se hace acreedora a las sanciones correspondientes. (Negocios Generales. Octubre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....280, 1ª

**CULPA DE LA VICTIMA**

— 101 —

La presunción de culpa, que existe contra quien realiza actividades que envuelven especial peligro para los demás, desaparece cuando se prueba plenamente el hecho de que la actividad de la víctima que padeció el daño fue la causa del mismo. (Negocios Generales. Abril 19 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 850, 1ª

**CULPA (Casos en que se presume)**

— 102 —

La jurisprudencia, especialmente la de la Corte, ha encontrado ya, en varias ocasiones, en la norma del artículo 2356 del C. C., base suficiente para establecer una presunción de culpabilidad en contra del que realiza cierta clase de actividades, especialmente las relacionadas con el tráfico, el transporte, la aviación, la navegación, etc., de manera que en estos eventos el actor queda relevado de la carga de probar la culpa en que hubiere incurrido aquél que realizó el acto peligroso, y del cual se demanda indemnización por los daños ocasionados con el mismo. (Negocios Generales. (Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....513, 1ª

**CULPA (Presunción de culpabilidad)**

— 103 —

El texto del artículo 2356 del Código Civil sólo permite presumir culpabilidad en casos de actividades especialmente peligrosas, de realización de actos que por sí mismos denoten un peligro. Esta ha sido la reiterada jurisprudencia de la Corte al respecto. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2070-2071) .....817, 2ª

**CULPABILIDAD (Casos en que no opera la presunción de culpabilidad)**

— 104 —

Ciertamente no existe identidad absoluta entre el caso a que se refiere la jurisprudencia citada (1) es decir, del chofer, ma-

(1) Se refiere a la que sentó la Sala de Negocios Generales en sentencia de 8 de noviembre de 1944, conforme a la cual: "la presunción de culpabilidad es inadmisibles en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño".

El Relator de la Corte

quinista, etc., que sufre un daño al conducir la máquina o vehículo, y el de autos, pues que el doctor Flórez no iba conduciendo la lancha tantas veces mencionada. Pero, como, según se deja dicho, está demostrado en el proceso que la embarcación en referencia estaba adscrita al servicio de la oficina o dependencia nacional de la cual era jefe el mencionado ingeniero, sí puede haber alguna semejanza, toda vez que, como responsable que era de los objetos adscritos a dicha dependencia, entre los cuales se encontraba la lancha, el doctor Flórez debía cuidar de los mismos, y conocer, por lo tanto, los daños que tenía la embarcación. Si en realidad no tenía ese conocimiento, ello no pudo obedecer sino a descuido o negligencia de su parte en el desempeño de sus funciones, los que lo hacen incurrir en culpa, al igual que al conductor de un vehículo, y, por tanto, lo mismo que en este caso, no es aplicable en contra de la Nación la presunción de culpabilidad que se deduce del texto del artículo 2356 del C. C. (Negocios Generales. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 516, 2ª

**CULPABILIDAD (Cómo se desvirtúa la presunción de culpabilidad)**

— 105 —

Sabido es que la ley establece una presunción de culpabilidad a cargo de quien ejerce una actividad peligrosa, y que esa presunción se desvirtúa mediante la comprobación de fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima. (Negocios Generales. Mayo 4 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 190, 2ª

**CULPA PENAL (No admiten esta modalidad sino las infracciones expresamente señaladas en la parte especial del C. P.)**

— 106 —

Gobierna el fenómeno de la culpa el principio de la imprevisión de lo previsible. El

Código colombiano estructura esta figura en el artículo 12, inciso 2º, considerando dos modalidades de la misma, que traducen aquel principio: bien, cuando el agente no prevé los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o bien, cuando habiéndolos previsto confía imprudentemente en poder evitarlos. En ambas ocurrencias se comprende lo que por ser previsible no ha podido ser imprevisible o sea, la imprevisión de lo previsible.

Mas al crear el Código el principio de la culpa en la parte general, no dejó a la jurisprudencia la facultad de señalarla en los casos en que determinada infracción fuera susceptible de aquel fenómeno, a fin de que la doctrina fijase para los delitos consagrados en la parte especial del estatuto, cuáles de ellos aceptaban la modalidad del hecho culposo. Por eso en el Código están señalados en forma taxativa, por lo precisa, los delitos que admiten la culpa, destacándose entre ellos el de peculado, que la consagra para el funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia. (Casación Penal. Auto. Octubre 21 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 164, 2ª

**CURADOR AD-LITEM DEL EJECUTADO**

— 107 —

Al curador *ad-litem* de un ejecutado no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifica el mandamiento de pago. Si el demandante es parte desde que inicia la acción, el demandado tan sólo viene a serlo con la notificación que se le hace de la demanda. Es entonces cuando se constituye la relación procesal. De donde resulta que cualquiera gestión del demandado o de su representante antes de que se le notifique la demanda debe considerarse como la de un extraño,

salvo que se trate de una intervención prevista especialmente por la ley, como ocurre con el caso del artículo 276 del C. J. (Negocios Generales. Auto. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....286, 2ª

— D —

**DECRETOS (Cuándo puede acusarse ante la Corte el que establece el estado de sitio)**

— 108 —

El Decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio la República o parte de ella, sólo puede ser acusado ante la Corte en acción pública cuando no ha sido firmado por el Presidente y todos los Ministros o no se ha producido sobre él el dictamen del Consejo de Estado. Esta doctrina fue expuesta ya por la Corte en la sentencia de 12 de junio de 1945. (Sala Plena. Diciembre 2 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ...298, 2ª

**DECRETOS LEGISLATIVOS - (No puede existir colisión entre lo dispuesto en un decreto de esta especie y una ley ordinaria)**

— 109 —

Los decretos expedidos con ocasión de la turbación del orden público tienen poder constitucional suficiente para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de turbación del orden público; y, por ende, debe entenderse que existe la suspensión de las normas legales si el Gobierno —haciendo uso de las atribuciones del artículo 121 de la Carta— profiere un ordenamiento que le sea contrario, lo que implica que no puede haber colisión entre la regla de derecho consagrada en la ley ordinaria y la contenida en el decreto, pues la primera queda suspendida en sus efectos mientras el estado de sitio perdura y sólo recobra su fuerza obligatoria

al restablecerse el orden público y con él la normalidad legal, vale decir el imperio del derecho común. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....7, 2ª

DELITO

— 110 —

En la consumación de todo delito se deben considerar dos etapas fundamentales: la una interna o subjetiva y la otra externa o de realización material de los hechos que configuran el delito. Si el propósito o la idea de quebrantar el orden social tutelado por el Estado, no se traduce en actos materiales que reflejen la intención del autor, ese hecho no se traduce como infracción penal, por que las simples ideas o los pensamientos escapan al control de la jurisdicción penal, pero cuando ese proceso de ideación criminal alcanza una concreción en actos externos, esos hechos configuran una infracción penal y es entonces cuando el Estado actúa por medio de los funcionarios de la rama jurisdiccional para restablecer el orden social quebrantado e imponer la correspondiente sanción. (Casación Penal. Auto. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069) .....367, 1ª

**DELITO (Todos sus elementos deben estar comprobados en el proceso)**

— 111 —

Todo delito tiene una estructuración jurídica que dimanará de los intereses que tiende a proteger la ley para que no sean conculcados o violados. Si, pues, uno de esos elementos no surge del proceso, como es el caso de autos, resulta imposible que aparezca la responsabilidad contra los que fueron denunciados penalmente como autores de esa infracción. (Casación Penal. Auto. Febrero 1º de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....419, 2ª

**DELITOS CONEXOS (A quién corresponde en estos casos la investigación y fallo)**

— 112 —

Cuando se trata de delitos conexos la investigación y fallo debe hacerse en un mismo proceso, y para este caso, aunque no se trate de delitos sometidos a diversas competencias, sino a distintas jurisdicciones, la norma aplicable para determinar la competencia es la del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, que dice que si el delito se cometió en lugares distintos prevendrá en el conocimiento del juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncia, o en el que primero se inicie la investigación, y en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069).....379, 2ª

**DELITO MILITAR**

— 113 —

Llámase delito militar todo hecho que viole los principios de la justicia penal militar, cometido por militares en actividad o por civiles al servicio de las fuerzas militares, con ocasión de tal servicio o por causas inherentes al mismo y en lugar o sitio donde se hallen o actúen fuerzas militares (artículo 140 del C. de J. P. M.).

El delito militar o castrense presupone la existencia de estos elementos: precepto normativo o sea la ley; agente del delito; militares en actividad o civiles al servicio de las fuerzas militares; actividad funcional, o sea que el delito se cometa por razón del servicio o por motivos inherentes al mismo, y lugar, es decir, que en el sitio donde se cometa la infracción se hallen establecidas o actúen fuerzas militares. En ausencia de cualquiera

de estos requisitos el delito militar no existe, porque la ley, que es su fuente inmediata exige la concurrencia de todos ellos. (Casación Penal. Auto. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....744, 1ª

**DELITOS MILITARES (Cuándo pueden ser cometidos por simples particulares)**

— 114 —

Por regla general y dentro de un régimen de normalidad, los particulares no pueden violar la ley penal militar, es decir, no pueden cometer delitos de los llamados estrictamente militares, porque en tiempo de paz todo hecho violatorio de la ley penal, realizado por personas civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, es de jurisdicción y competencia de las autoridades comunes, y sus actos, por consiguiente, caen dentro de las sanciones del Código Penal Ordinario y no de la Ley Penal Militar.

Los hechos previstos como delitos en el Código de Justicia Militar, durante la vigencia de un estado de normalidad, sólo pueden ser cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio y, dentro de ese mismo estado, los particulares al servicio de las Fuerzas Armadas, también pueden infringir las disposiciones de la Justicia Militar según lo dispone el artículo 140 de la Ley 3ª de 1945.

Pero esta regla general, como ya se vio, tiene una excepción dentro de la cual los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Militares, también pueden violar normas o preceptos contenidos en el Código de Justicia Penal Militar, ocurrencia que tiene lugar cuando la Nación está en presencia de un caso, no de normalidad, sino de legalidad marcial, configurado por una de estas circunstancias: que la Nación se encuentre en guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación del orden público, siempre que

ese hecho haya sido reconocido o declarado por el Gobierno mediante un Decreto Extraordinario de turbación del orden público.

En estos casos, y a partir del Decreto de turbación del orden público, los particulares pueden violar las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Penal Militar, y, por consiguiente, los hechos que configuran esas violaciones pueden ser de la jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares, no sólo en lo que hace referencia a su juzgamiento sino también a la penalidad. El principio anterior se halla consignado en diversas disposiciones de la Ley 3ª de 1945. (Sala Plena. Agosto 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 26, 1ª y 2ª

NOTA — Dos Magistrados salvaron su voto en relación con el anterior aparte de la mencionada sentencia sosteniendo entre otras cosas que: "Con anterioridad a la fecha en que fueron expedidos los decretos de que se trata (1) los particulares que no estaban al servicio del Ejército, no podían jurídicamente hablando, cometer delitos militares (artículo 170 de la Constitución Nacional), y por tanto, respecto de tales personas, no sometidas al fuero castrense, que no es privilegio de benignidad, sino precepto de severidad y rigor, no pueden estimarse como preexistentes las leyes que definen las infracciones militares y señalan las penas correspondientes. La preexistencia a que alude el artículo 28 de la Constitución Nacional no puede entenderse en el sentido físico de que exista con anterioridad un Código, sino en el estrictamente jurídico de la aplicabilidad de una ley a determinada persona antes de la ejecución del hecho inculcado. Inaplicabilidad de la ley penal equivale jurídicamente a inexistencia".

(1) Se refieren a los Decretos acusados, es decir, a los números 1285 y 1406 de 1948, por el primero de los cuales se dispuso la convocatoria, por parte del Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, de Consejos de Guerra Verbales para que juzgasen "por el procedimiento establecido en el Libro Segundo, Título 9º del Código de Justicia Penal Militar" a "todas las personas sindicadas de los delitos de fuga y evasión de presos, devastación, saqueo, hurto, robo y demás delitos o infracciones a que se refiere el Código de Justicia Penal Militar, cometidos antes o después de la turbación del orden público, siempre que en el primer caso se trate de hechos que tengan relación con los que dieron origen a esa situación".

El Relator de la Corte

## DEMANDA

— 115 —

Como lo ha repetido la Corte, la demanda es la pauta del juicio y el juzgador no puede apartarse de ella al proferir su sentencia. Los hechos expuestos en el libelo como fundamento de las pretensiones de la demanda forman parte integrante de la misma, a tal punto que, aunque por otros hechos fuera viable la pretensión de la demanda, si por los expuestos en el libelo la acción no puede prosperar, o si éstos no resultan probados, o si, por último, como en el caso de autos, se demuestra la falsedad de la relación hecha en la demanda, aunque los hechos que se comprueben en el proceso sí pueden servir de fundamento suficiente a las pretensiones del demandante, la acción no puede prosperar, porque lo contrario equivaldría a apartarse de la demanda misma, con grave perjuicio del demandado, quien podría resultar vencido sin haber sido oído en el juicio, ya que de nada le aprovecharía entonces para su defensa el traslado que de la demanda se le diera conforme a lo que dispone la ley procesal. (Negocios Generales. Octubre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 280, 2ª

## DEMANDA

— 116 —

La disposición del artículo 209, del C. J. enseña que en una demanda pueden proponerse subsidiariamente dos remedios contrarios que no se excluyan por la elección, lo que no ocurre en el caso actual, porque si una persona no es propietaria exclusiva de una cosa, no hay inconveniente de que subsidiariamente compruebe que es propietaria en comunidad con otros; la elección de la primera acción, como es obvio, no excluye la

segunda. (Negocios Generales. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . .291, 2ª

DEMANDA

— 117 —

La demanda es la base obligada del juicio y de la sentencia, y la acción no puede ser contemplada sino teniendo en cuenta los hechos aducidos en el libelo, de tal suerte que en el curso del debate no puede cambiarse la situación del mismo, ni el juzgador tomar en cuenta otros hechos que los que fueron propuestos para tal objeto en el libelo. (Negocios Generales. Abril 25 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . .853, 1ª

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

— 118 —

Ya la Corte ha expresado en varias oportunidades que la demanda de casación debe, no solamente enunciar las causales, sino que es preciso demostrarlas. Porque si el recurso es una crítica a la sentencia, es lo natural que se señale el error y se pruebe que se ha errado, en suma ofrecer un mínimo siquiera de razones que la Sala pueda estudiar. (Casación Penal. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . .740, 2ª

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

— 119 —

En varias ocasiones ha dicho la Corte que la demanda debe formularse según el mandato del artículo 531 del estatuto procesal civil en relación con el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Dicho artículo 531 expresa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia y ex-

presar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

De conformidad con el espíritu que guió esta disposición, según la exposición de motivos que dió la comisión redactora del Código Judicial, se comprende que se pretendió con ello evitar que al facilitarse de manera extrema el recurso de casación, por ausencia de técnica en la sustentación de las causales en que fuera apoyado, fácilmente derivaría en una tercera instancia, perdiéndose así los altos fines de la casación.

De aquí que esta misma Sala frecuentemente ha indicado que para la declaratoria de desierto del recurso, no basta simplemente fundamentarlo en la oportunidad legal, sino que es preciso que la demanda a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 indique de manera precisa los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con la causal o causales que se invoquen. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . .430, 1ª

DEMANDA (No puede corregirse, adicionarse o aclararse la de casación)

— 120 —

Cree la Sala que no es posible tomar en cuenta la extemporánea agregación porque, en primer lugar, el artículo 208 del C. J. regulador de la transformación objetiva de la relación procesal no puede aplicarse, analógica ni extensivamente a la demanda de casación ya que ésta difiere en su índole de la inicial destinada a estimular el ejercicio jurisdiccional por parte del Estado, y en segundo lugar, desde otro punto de vista, la enmienda, adición o aclaración de una de-

manda cuando de ella se corrió ya traslado exige que se surta uno nuevo a fin de que el demandado conozca la transformación, y la afronte dentro de los principios generales del proceso. Si se aplicara, pues, dicha regulación a los escritos encaminados a fundamentar este recurso extraordinario nos hallaríamos ante un desconcertante desorden de su trámite, no admitido y repudiado por la ley. (Casación Civil. Marzo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....600, 1ª

#### DEMANDA (Requisitos de forma de las de inexequibilidad)

— 121 —

En acatamiento al precepto legal contenido en el artículo 2º de la ley 96 de 1936, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido de manera reiterada que las demandas de inexequibilidad que se presenten ante esta Corporación deben reunir los requisitos formales señalados en la dicha disposición legal y que, cuando tal cosa no ocurre, ella no puede servir de base para un pronunciamiento de fondo, y lo pertinente es desecharla, en consecuencia, por inepta. (Sala Plena. Mayo 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .592, 2ª

#### DEMANDA DE CASACION (Requisitos de fondo y de forma)

— 122 —

Son muchas ya las ocasiones en que la Corte ha repetido que el recurrente en casación no puede contentarse con enunciar sus tesis, sino que tiene que demostrarlas, porque no puede la Sala tomar su lugar para suplir deficiencias o vacíos; que la casación no es una tercera instancia, en que el superior pueda proceder oficiosamente a revisar el proceso; y que la demanda debe ajustarse en su forma y contenido a lo que el estatuto

procesal civil establece en el artículo 531, en atención a lo prescrito en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Enero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 403, 1ª

#### DEMORAS (Cuándo configuran infracción penal)

— 123 —

Un buen procedimiento requiere sencillez y actividad de los jueces para que la administración de justicia se llene cumplidamente, lo cual se hace más apremiante en materia penal, donde la sociedad está pendiente de los resultados de la investigación y el procesado también tiene un grande interés en que se le defina prontamente su situación jurídica. Y es obvio que la morosidad de los juzgadores se opone a esos fines y causa un daño público y privado.

Por eso, el estatuto penal reprime a los funcionarios y empleados públicos que omitan, rehusen o retarden la ejecución de los actos a que legalmente están obligados.

Es cierto que a los Jueces, como hombres que son, no puede exigírseles más de lo que humanamente pueden producir. Pero cuando el funcionario no pone de su parte toda la actividad que es capaz de desarrollar y mira con desdén el cumplimiento de los deberes de su cargo, entonces incurre en una conducta culposa o negligente, de la cual debe responder. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .424, 2ª

#### DENUNCIA DEL PLEITO

— 124 —

El contrato de compraventa, como bilateral que es, les impone obligaciones recíprocas al comprador y al vendedor. Las del comprador están señaladas en el capítulo 9º del

título 23 del libro dedicado a las obligaciones en general y a los contratos en el Código Civil. Entre las del vendedor está la del saneamiento por evicción (Cap. 7º *ibidem*); obligación que, como lo dice el artículo 1893, tiene un doble objeto: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y el de responder de los defectos ocultos de ésta.

En orden a la primera finalidad, quiere el legislador que el comprador goce del amparo no solamente en el extremo de verse privado de la cosa comprada o de parte de ella por sentencia judicial. La posibilidad de que ello pueda ocurrir, le da derecho a pedir que se cite al juicio al vendedor para que comparezca a defender la cosa vendida (artículos 1899 y 1900, C. C.). El ejercicio de ese derecho está reglamentado por el estatuto de procedimiento (artículos 235 y siguientes del C. Judicial).

Cumplido el deber de la denuncia, el Juez ha de darle evasión. Le basta para ello con la verificación del hecho de que el denunciante ha sido comprador de la cosa. Comprobado tal hecho con prueba sumaria, el Juez le da ingreso al denunciado para que, poniéndose a derecho en la litis, pueda defender el derecho que mediante la venta le transfirió al denunciante. (Negocios Generales. Auto. Marzo 23 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....826, 1ª

#### DENUNCIA (Procedimiento que debe seguir el funcionario ante las infundadas)

— 125 —

La Corte, en providencia de 26 de noviembre de 1948, expuso las razones por las cuales ella considera que, cuando, antes de dictarse el auto cabeza de proceso, vea el funcionario con toda claridad que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no

debe iniciarse por otras causas cualesquiera por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que es necesaria la querrela, etc., lo que debe hacer el dicho funcionario es rechazar la acción penal por medio de un auto en que exponga las razones por las cuales así se procede, auto que es indudablemente de carácter interlocutorio, por cuanto resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable, y debe tener, por tanto apelación para ante el superior. - (Casación Penal. Auto. Marzo 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

761, 1ª

#### DENUNCIA (Qué procedimiento debe seguir el funcionario para rechazar lo que carezca de fundamento)

— 126 —

Estima la Sala que cuando antes de dictar el auto cabeza de proceso vea el funcionario instructor con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querrela, debe rechazar la acción penal por medio de un auto que exponga las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

146, 2ª

## DENUNCIO

— 127 —

Sería verdaderamente extravagante que sólo por no contener el primer denuncia sobre el hecho todas las ocurrencias en que éste pudo realizarse, ya el testimonio del denunciante no tuviera eficacia como medio probatorio para establecerlo, máxime si después amplía su primera declaración, complementándola con los detalles que una más minuciosa inspección del lugar del delito le hayan permitido descubrir en él modalidades que servirán después para darle una fisonomía especial al hecho delictuoso. (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 468, 2ª

## DICTAMEN PERICIAL (Apreciación de)

— 128 —

El sistema de apreciación de la prueba pericial es —según el artículo 268— el de la libre convicción, y el dictamen, emítanlo uno o más peritos conjuntamente, no es por sí, como lo afirma el recurrente, plena prueba; el Juez o Tribunal —conforme a la prescripción citada— puede acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, con la obligación de fundar con claridad y precisión las razones de su decisión. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .... 182, 2ª

## DIVORCIO (Juicio de)

— 129 —

El juicio de divorcio vincular considerado con independencia de nuestra regulación positiva se finaliza en una providencia constitutiva y liberatoria, por sí misma, del lazo conyugal; en tales condiciones no es posible pensar en que la jurisdicción ejerza algún

acto posterior destinado a ejecutar lo decidido, cuyos efectos no serán propiamente ejecutivos del fallo sino del nuevo estado que en él halle su origen. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

69, 1ª

## DOCUMENTO PUBLICO

— 130 —

Al tenor de lo preceptuado por los artículos 1758 del C. C.; 632 del C. J. y 251 del C de. P. P., el documento es público o auténtico cuando se reúnen estos presupuestos: a) Que esté autorizado, o sea que lleve la firma del respectivo funcionario; b) Que se extienda con las formalidades legales, o sea, con los requisitos que la ley exige en cada caso particular, debiendo en este caso, cuando se habla de Ley, entenderse comprendida toda disposición jurídica genérica dictada por autoridad competente, es decir, que se comprenden las leyes propiamente dichas y las reglamentaciones dictadas válidamente para regular una actividad administrativa, como enseñan los expositores; y c) Que el funcionario de quien procede el documento tenga competencia para actuar en él, esto es, autorización legítima. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067)

110, 1ª

— E —

ECLESIASTICOS (Los contratos civiles por ellos celebrados con particulares están sujetos a las leyes civiles)

— 131 —

En ninguna forma hiere la declaratoria de nulidad de la compraventa de una finca que estaba fuera del comercio por embargo vigente la independencia de las legislaciones

canónica y civil ni el solemne respeto que a la primera deben las autoridades de la República, ni se desconoce la representación de la Iglesia por su legítima autoridad jerárquica como verdadera persona jurídica con capacidad de gozar y ejercer los derechos, que le corresponden, ni la facultad de constituir y establecer en Colombia órdenes y asociaciones religiosas con sus constituciones propias, con la autorización canónica de la superioridad eclesiástica. El hecho de que la legislación canónica sea independiente de la civil y no forme parte de ésta no quiere significar que los contratos civiles y las controversias de la Iglesia con los particulares sobre sus efectos no estén sometidos al imperio exclusivo de las leyes civiles. (Casación Civil. Abril 20 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....689, 1ª

#### EJECUCION DE SENTENCIAS

— 132 —

Unicamente las sentencias llamadas de condena aparejan ejecución forzada, mientras que en las de mera declaración, o en las denominadas constitutivas, basta la decisión para garantizar la eficacia del ordenamiento sustancial. (Casación Civil. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....68, 2ª

**EJECUTADO** (Sólo desde que se le notifique el mandamiento de pago, tiene capacidad para intervenir en el juicio)

— 133 —

Las razones del reclamante no alcanzan a cambiar el criterio anterior de la Corte, en el sentido de que al ejecutado —o a quien lo represente— no se le puede considerar con capacidad para intervenir en el negocio sino desde que se le notifique el mandamiento de pago. Ningún fundamento legal le encuentra

la Corte a aquellas razones; al contrario, más bien el artículo 437 del C. J., relacionado con los impedimentos, contribuye a robustecer la tesis del auto reclamado. En efecto, la mencionada disposición establece que si el impedimento no es allanable, o si la parte a quien interese conocerlo no se ha apersonado aún en el juicio, debe dispónese en el mismo auto —el auto en que se manifieste el impedimento— que pase el expediente a quien corresponda conocer del asunto. De aquí se deduce muy claramente que a quien no se ha apersonado en el juicio no se le puede tomar en cuenta para llevar a su conocimiento el impedimento allanable de los jueces.

Sobre el punto en cuestión debe agregarse, además, que en varias disposiciones del Capítulo I, Título XII, del Libro II del Código Judicial se establece con perfecta nitidez que los incidentes no proceden sino dentro del juicio. Y ello es apenas natural, no solamente porque por incidente se entiende “toda cuestión distinta de la principal que se suscite durante la sustanciación de un juicio y que haga necesaria una resolución previa o especial”, según el decir de un procesalista, sino también porque es necesario atender a “la rapidez del procedimiento”, como muy bien lo anota el propio reclamante. (Negocios Generales. Auto. Marzo 25 de 1949. T. LXV. 2066-2067) .....288, 2ª

**EMBRIAGUEZ** (No da lugar a la aplicación de medidas de seguridad)

— 134 —

No es la embriaguez accidental la que autoriza la aplicación de medidas de seguridad sino la intoxicación crónica producida por el alcohol, bien diferente ese estado del que obra hallándose simplemente ebrio. Aquella es una situación permanente, es la del alcoholizado, a la cual puede llegarse sin embo-

rracharse nunca, sino tomando dosis frecuentes de alcohol. (Casación Penal. Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....776, 2ª

**EMPLAZAMIENTO (No se requiere en los juicios de expropiación)**

— 135 —

Por regla general, cuando la residencia del demandado no es conocida o se trata de persona incierta, es necesario el emplazamiento previo para el nombramiento de curador ad litem, en los términos del artículo 317 del Código Judicial. Pero a juicio de la Corte esta regla no es aplicable cuando se trata de expropiaciones, pues para estos casos hay una regulación especial en el mismo Código Judicial, en cuyo artículo 855 se dispone: "si admitida la demanda, transcurren diez días sin que se halle en el lugar alguno de los demandados, o si entre éstos los hay inciertos, el Juez, sin emplazamiento, nombra a los ausentes un curador ad litem con quien se sigue el juicio...".

...La sola referencia a los demandados inciertos en las dos disposiciones está indicando que se trata de los mismos casos, pero con distintas consecuencias: la de la regla general, que exige el emplazamiento previo; y la de la disposición especial para los juicios de expropiación, que expresamente prescinde de ese emplazamiento. (Negocios Generales. Febrero 19 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....540, 2ª

**EMPLEADOS PUBLICOS (Por regla general deben desempeñar sus funciones en la oficina respectiva)**

— 136 —

Las funciones que desempeñan los empleados públicos, por regla general, deben cumplirse en la oficina respectiva, bajo la vigi-

lancia y control del jefe de ella; pero no es absolutamente indispensable que por causas fortuitas o fuerza mayor, como una enfermedad, por ejemplo, un empleado cualquiera prescinda de concurrir al despacho, sin dejar por ello de continuar en el desempeño de sus deberes oficiales. Sería exagerar demasiado —exageración contraria a todo sentimiento humanitario— que una enfermedad que apenas exige quietud, como lo certifica el médico que atendiera a la señorita Mejía Vallejo, en este caso, la imposibilitara para percibir los emolumentos respectivos, cuando podía desempeñar aquellas funciones, como lo hizo, en lugar distinto de la oficina, pero sin que ésta sufriera perjuicio alguno por la imposibilidad física de concurrir la empleada al despacho. (Casación Penal. Auto. Octubre 20 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

124, 1ª

**ERROR (Cuál es el que constituye elemento de la estafa)**

— 137 —

El engaño que consiste en inducir a una persona a creer o tener por verdadero lo que no es cierto, valiéndose de palabras o de hechos fingidos, configurando en esta forma una mentira con la idea de una aparente realidad, debe ser de tal naturaleza que sea capaz de inducir en error a la víctima del delito; es decir, que la voluntad y el consentimiento del inducido no ofrezca duda alguna de que se halla frente a la posibilidad de realizar un acto del cual pueda reportar algún beneficio, bien sea éste de orden material, intelectual o moral.

"El error — dice la Procuraduría — es la representación falsa o equivocada sobre algo. Y así, tratándose de la estafa, el error debe ser el resultado de las maquinaciones fraudulentas esgrimidas por el delincuente. El error debe, por lo tanto, consistir aquí en un

juicio falso suscitado por el ardid, y no en la sola creencia equivocada que provenga de la pura ignorancia del sujeto perjudicado”.

“El error propio de la estafa es cabalmente el error determinante que vicia el consentimiento en los actos jurídicos. No hay en esto una diferencia radical en el campo civil y en el campo penal, sino la más completa equivalencia. Igual cosa sucede con el fenómeno del dolo: no hay dolo civil ni dolo penal; simplemente el dolo es uno lo mismo que el error. Lo que existe son grados de dolo y grados de error, cantidad y no cualidad.

“Así, pues, para que haya estafa no basta cualquier clase de error, sino aquel que es capaz de mover el consentimiento de la víctima, de tal suerte que sin él, ella no hubiera entregado la cosa. El error se confunde en este caso con el móvil determinante de la voluntad, con el factor animador y propulsor del acto jurídico. De no haber mediado el error, el despojo de la víctima no se hubiera producido. Si la entrega la hizo por simple torpeza, la estafa desaparece”.

La lesión de un bien patrimonial, producida por el error y como consecuencia del empleo de engaños o artificios, es la violación de la norma penal que tutela el derecho de propiedad de los asociados, bien sea ésta material o moral, porque este delito no sólo puede recaer sobre cosas aprehensibles sino también sobre derechos de propiedad intelectual y lo que la ley protege al sancionar este delito, es el derecho de propiedad.

Por último, la obtención de un provecho ilícito, se vincula directamente con el móvil o fin que tuvo el agente del delito al recibir el bien perseguido por la creación de una situación falsa debido a medios habilidosos que indujeron en error a la víctima para verificar voluntariamente la entrega de una cosa. Es claro que entre la entrega del bien -fin perseguido- y el empleo de los medios engañosos o artificios fraudulentos, debe

existir una relación de causalidad; es decir, que estas dos situaciones no pueden subsistir independientemente la una de la otra, sino la segunda como consecuencia necesaria de la primera, porque rota la relación de causalidad, el delito no sería de estafa sino que podría configurar cualquiera otra infracción.

El error producido por el empleo de artificios o engaños es uno de los elementos fundamentales de esta infracción, pues el error es lo que influye de manera directa sobre el ánimo de la víctima para verificar la entrega de la cosa que persigue el timador. (Casación Penal. Febrero 20 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....82, 2ª y 83, 1ª

#### ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO (En la apreciación de pruebas)

— 138 —

El error de hecho es la manera equivocada de apreciar determinada prueba, sin tener en cuenta elemento jurídico alguno. En general, puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuida sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata en tal caso de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley. (Casación Civil. Marzo 31 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . .651, 1ª

#### ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA

— 139 —

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte se incurre en error de derecho cuando a una prueba se le da el valor que la ley

o le ha dado o se permite su producción sin que llene las condiciones legales y se le reconoce luego la fuerza sólo atribuida a pruebas provistas de todas las cualidades legales. (Casación Penal. Abril 19 de 1949. Tomo LXV. 2070-2071) .....772, 1ª

#### **ERROR DE HECHO (Cuándo puede afirmarse que el juzgador incurrió en él al apreciar indicios)**

— 140 —

Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial el artículo 662 del C. J. que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

De esta manera el derecho positivo da a la conciencia del Juez, la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. (Casación Civil. Marzo 31 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....651, 2ª

#### **ERROR GRAVE (No lo constituye el método que adopten los peritos para localizar unas tierras)**

— 141 —

Para la Corte el procedimiento que adoptaron los peritos para localizar la merced de Gaceta- 4

tierras concedida a Pedro Guerra, estando dentro de los sitios de referencia reconocidos durante la inspección ocular, no puede ser materia sujeta a objeción por error grave, ya que se trata de una cuestión que corresponde a la competencia especial que se les supone a los expertos. Muy otro sería el caso si para esa localización se hubieran tomado como base sitios distintos de los reconocidos en la inspección, pues tamaño error sí sería objetivo y versaría sobre la materia misma de la pericia. La cuestión de por qué tomaron los peritos como punto de partida o uno de los vértices del cuadrilátero al paso de la carretera o el río Coello, en vez de otro procedimiento de localización, es obvio que corresponde a lo que debe entenderse por explicación o fundamentación del dictamen, cuya apreciación debe hacerse al tiempo de fallar. (Negocios Generales. Auto. Diciembre 13 de 1948. T. LXV. 2068-2069) .478, 2ª

#### **ERROR GRAVE**

— 142 —

El error grave, ha dicho la Sala, 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. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....225, 1ª

— E —

#### **ESTADO DE SITIO**

— 143 —

Por ministerio de la Carta Fundamental, la ficción jurídica del estado de sitio es susceptible de aplicación a todo el territorio na-

cional o sólo a una parte de él, de acuerdo con la magnitud y caracteres del trastorno que pueda originar la conmoción interna o la agresión del enemigo exterior, circunstancias que en cada caso particular deberán ser apreciadas por el Gobierno y el Consejo al expedirse el decreto que declara turbado el orden público. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 13, 1ª

**ESTADO DE SITIO (La omisión del Gobierno en levantar este estado no puede ser objeto de acusación ante la Corte)**

— 144 —

Al Gobierno corresponde decidir acerca del mantenimiento del estado de sitio o de su levantamiento, y como a la Corte no le corresponde sino pronunciarse sobre los actos del Ejecutivo expresados en la forma de Decretos, síguese que la omisión del Gobierno de levantar el estado de sitio no puede ser materia de una decisión de la Sala Plena. (Sala Plena. Diciembre 2 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ..... 298, 1ª

**ESTADO DE SITIO (Durante la vigencia de este estado no deja de regir la Constitución)**

— 145 —

Es noción irrevocablemente incorporada en el derecho político nacional y en la doctrina de la Constitución, que ésta no deja de regir en todo su imperio por la declaratoria del estado de sitio, así como la no menos trascendental de que la investidura de excepción que el Código Supremo otorga al Presidente de la República en tal evento, sólo lo autoriza para dictar las medidas tendientes a conjurar los peligros de las conmociones sociales inherentes a aquel estado o, como con toda exactitud preveía el Estatuto de 1886, “para defender los derechos de

la nación o reprimir el alzamiento”. Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067).  
12, 1ª

**ESTADO DE SITIO (Al Presidente de la República corresponde apreciar en cada caso acerca de la necesidad de sujetar al régimen de la ley marcial todo el territorio de aquélla o sólo parte del mismo)**

— 146 —

No vacila la actual Corte en prohijar como regla general la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena en sentencia dictada el 2 de abril de 1935, con motivo de la acusación de los Decretos números 2429 del 28 de diciembre de 1934, que reorganizó la contribución llamada “cuota militar”, y 2432 del 29 de diciembre del mismo año, reformativo de las disposiciones sobre impuesto a la renta y establecimiento de una contribución especial, dictados cuando estaba turbado el orden público en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Caquetá y el Putumayo con ocasión del conflicto internacional con el Perú, sentencia en la cual dijo entre otras cosas la Corte, respecto de la jurisdicción de estos actos con o en relación con sus efectos en las zonas no sujetas al estado de sitio:

“Cuando el constituyente, en el artículo 33 que se comenta, estatuyó que puede el Presidente de la República en los casos de guerra exterior o de conmoción interior ‘declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella’, dejó al Presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de esta autorización constitucional respecto de toda la República o de parte de ella. Y es racional esta libertad, pues dados los fines de dicha autorización, la inminencia de los peligros exteriores y la magnitud de la conmoción —que puede referirse a todo el territorio de la República o parte considerable de él, o a

arte insignificante, a la repercusión del momento por la importancia de la localidad en que ocurriere— en estas circunstancias sólo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen de la legalidad marcial. Y para adoptar esta medida debe suponerse que el Presidente habría de tener en cuenta que no sería justo ni constitucional, sujetar a mucha parte de la ciudadanía colombiana a la máxima **capitis deminutio** que implica el régimen del simple Derecho de Gentes, allí donde la Constitución ha fijado normas protectoras de los derechos individuales, en frente y como garantía de las usurpaciones que el Gobierno pudiese realizar.

“Y como las facultades del Gobierno en materia de legislación, según lo expresado y el artículo citado, se limitan a la suspensión de las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio y como esta incompatibilidad puede ocurrir en todo el territorio de la República cuando la declaración de turbación a todo él se refiera, o sólo en la parte de él que la declaración comprenda, hay que concluir que habiendo circunscrito tal medida, en el caso que se cuestiona y según el Decreto 1475 de 1932, tan sólo a la Intendencia del Amazonas y a las Comisarías del Caquetá y del Putumayo, los efectos constitucionales del estado de sitio quedaron limitados de modo expreso por el mismo Gobierno a estos territorios, y, de consiguiente, el resto de la República permaneció en paz, como lo estuvo cuando se hizo idéntica declaración respecto del Distrito de Manizales y la zona del Ferrocarril de Antioquia. Y en estas circunstancias constitucionales debe reconocerse que imperando el régimen de normalidad jurídica en el resto de la República, no pudo el Presidente, con fundamento en el artículo 33, reformar las leyes preexistentes en materia de tributos, ni tampoco

decretar la contribución denominada “cuota militar”. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 14, 2ª y 15, 1ª

#### ESTAFA (Cuáles son sus elementos constitutivos)

— 147 —

El Código Penal no define el delito de estafa, pero señala los elementos que lo configuran, para que en determinado momento los jueces de derecho en la aplicación de la ley, puedan o no catalogar el hecho como un delito de esta naturaleza. Elementos que pueden sintetizarse así: a) Empleo de artificios o engaños con poder suficiente para inducir a una persona en error; b) Lesión de un bien patrimonial; c) Obtención de un provecho ilícito en favor del agente del delito. (Casación Penal. Febrero 20 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 82, 1ª

#### ESTUPRO (Sus diferencias con el rapto)

— 148 —

El delito de estupro se configura por el acceso carnal con una mujer mayor de catorce años, mediante el empleo de maniobras engañosas o supercherías de cualquier género o mediante la seducción con promesa formal de matrimonio. Este delito se puede cometer con independencia absoluta del delito de rapto, porque lo que la ley tutela en el delito de estupro es la libertad y el honor sexuales de la persona estuprada, en tanto que en el delito de rapto, el bien jurídico tutelado por la ley es el derecho de familia o la patria potestad ejercida por el padre o madre sobre los hijos que están bajo su guarda o custodia.

Para que exista el delito de estupro es necesario la realización del acceso carnal; para que exista el delito de rapto, no es necesario

la satisfacción o realización del deseo erótico sexual, sólo es indispensable la existencia de ese propósito unida al acto material de la sustracción, arrebató o retención de la mujer raptada para que el delito se perfeccione. De manera que, los delitos, aunque en algunos casos tengan un mismo fin, tanto el uno como el otro, subsisten independientemente como figuras autónomas delictuales, sin que esta simple coincidencia pueda incidir en una violación del principio *non bis in idem*. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069) . . . 379, 2ª

### EXCEPCIONES

— 149 —

La Sala considera que la esencia del medio exceptivo o de defensa que el demandado opone al derecho del demandante con el fin de diferir, dilatar o enervar el adelantamiento del juicio, o para hacer extinguir o para negar la existencia del derecho que el actor hace valer o cuyo reconocimiento o efectividad exige, no consiste en simples palabras sino que radica en el hecho propuesto o que el juez encuentra bastante para poner fin a la acción, o al juicio, o para dilatar éste.

Por no radicar la excepción sólo en palabras ha dicho la Corte que "el error en la denominación precisa de una excepción pertinente no puede ser obstáculo para que ella se tome en consideración y se reconozca si verdaderamente existe". (G. J. T. XLII, página 86). (Negocios Generales. Marzo 24 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . 828, 1ª y 2ª

**EXCEPCION DE PLURALIDAD DE RELACIONES (Qué se requiere demostrar para que ella prospere)**

— 150 —

La pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción, es una situación que

establecida de modo fidedigno desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implícada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del demandado, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan. (Casación Civil. Abril 6 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . 665, 1ª

### EXCLUSIÓN DE BIENES DE LOS INVENTARIOS DE UNA SUCESION

— 151 —

Con la simple audiencia del legatario no se puede discutir la exclusión de bienes de los inventarios en una sucesión, porque son los herederos quienes representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1155 del C. C.).

Los legatarios no lo representan (artículo 1162 del C. C.). Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . 677, 2ª

**EXPLOTACION ECONOMICA (Prescripción de tierras por)**

— 152 —

La prescripción por explotación económica de las tierras no se refiere a la cabida com-

rendida en los linderos de una adjudicación, sino a aquellas partes que se demuestre que fueron explotadas económicamente. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....259, 1ª

### EXTORSION (Sus elementos y diferencias existentes entre este delito y el de estafa)

— 153 —

Como el Procurador Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda, sostiene que el delito imputado al procesado no es una estafa sino una extorsión, es necesario estudiar esta infracción.

Este delito se halla contemplado en el artículo 406 del Código Penal en donde se dice: el que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrir en la pena de prisión de ocho meses a cinco años.

Los elementos estructurales de este delito son: Primero, el empleo de amenazas o violencias, o bien la simulación de un cargo de autoridad pública o una falsa orden emanada de la misma; segundo, el provecho ilícito que se obtiene como producto del delito para sí o para otro; tercero, el apoderamiento que se obtiene como consecuencia de la entrega, envío, depósito de las cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos.

La amenaza a diferencia de la violencia consiste en la intimidación que se hace a una persona sobre las posibles consecuencias de un mal futuro; ésta no conlleva como la vio-

lencia el ejercicio de actos positivos materiales o morales, sino el simple planteamiento de consecuencias graves, si no se accede a la realización del fin perseguido por el agente. En cambio la violencia, sí presume el ejercicio de actos materiales o morales sobre la víctima, que sin traspasar la consumación son aptos para la consecución del resultado. La simulación de ser el agente funcionario público, o la presentación de una orden falsa emanada de autoridad no es un elemento distinto de la amenaza o violencia, sino la forma o medio del cual se sirve el agente para que opere su propósito en orden a la consecución del fin propuesto. En otros términos, la simulación o la orden —en algunos casos— son los resortes o estímulos de la intimidación.

El provecho ilícito, es la consecuencia natural de un enriquecimiento injusto, sin causa ni título legal. Sin la intención o propósito de lucro, el delito de extorsión no se configura por ausencia de uno de sus elementos.

La obligación de entregar, enviar, depositar o poner a la orden del agente del delito, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, es la resultante de las amenazas o violencias proyectadas sobre la víctima de la infracción. En estos casos, la obtención del bien material no es concomitante con el empleo de la amenaza o violencia, porque generalmente existe un intervalo de tiempo entre el efecto intimidante y la entrega del bien perseguido, circunstancia que diferencia esta infracción con otras realizadas contra la propiedad.

Podría argüirse que la extorsión y el robo son delitos idénticos, o que la extorsión se confunde con la estafa, pero esta posible objeción se disipa con el análisis de los diversos elementos que los configuran.

En efecto: estos delitos atacan directamente el derecho de propiedad; la extorsión, dijo la Comisión Redactora del Código Penal, es una clase "sui generis de robo", en

ambos delitos existe la violencia y la apropiación, con la diferencia que la amenaza o violencia para el robo es concomitante con la apropiación, en cambio, en el segundo, entre la amenaza o violencia y la entrega de la cosa existe cierto intervalo de tiempo que rompe la unidad de coetaneidad entre el momento inicial de la infracción y la consumación de la misma.

“La extorsión —dice Carrara— en el sentido jurídico actual recibe los caracteres de su especialidad de un intervalo de tiempo que debe transcurrir (aunque sea breve) entre la amenaza de un mal y su ejecución. O bien entre la amenaza del mal y el apoderamiento de la cosa. Para tener hurto violento, es necesario que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mato, o bien que con fuerza física haya constreñido a darla. Para tener extorsión, es necesario, en cambio, que el ladrón haya dicho: dame la cosa o te mataré o te quemaré la casa, etc., o bien haya dicho: promete darme la cosa o te mato. En una palabra, el mal inminente y el lucro contemporáneo constituyen el hurto violento; el mal futuro o el lucro futuro constituyen la extorsión. La razón de la diferencia consiste, pues, en esto: que cuando el mal amenazado es inminente y la contrectación es contemporánea, aquél es siempre inevitable, y es necesario darlo o sufrirlo. En cambio, cuando, el mal es futuro o futura la pérdida de la propiedad, haya un intervalo de tiempo que deja posibilidad de evitar el mal amenazado sin perder la cosa. Es por ello que según la noción más exacta de la extorsión, el mal inminente amenazado contra la propiedad se equipara al mal futuro amenazado contra la persona, precisamente porque nunca es tan inevitable como el mal que la mano alzada del malhechor amenaza contra el individuo”.

Tampoco hay lugar a la posibilidad de que la estafa se confunda con la extorsión; es evidente que ambas infracciones tienen de común la consecución de un provecho ilícito,

y que ambos delitos versan sobre el derecho de propiedad, pero no por participar de estos dos caracteres se confunden la una con la otra.

En la extorsión el resultado se consigue como producto de las amenazas o violencia o por el estímulo de la simulación de autoridad pública o de orden falsa emanada de ésta; es decir, bajo el imperio de una coacción material o moral o de una amenaza sobre posibles contingencias de peligro para la víctima; en la estafa, en cambio, el elemento amenaza o violencia desaparece para dar cabida al artificio o engaño que produce el error, base fundamental para que la cosa se entregue o se destruya. En la extorsión, la víctima del delito hace la entrega de la cosa contra su voluntad, por la amenaza o contingencia de un mal futuro; en la estafa, la entrega de la cosa se realiza libremente con el consentimiento de la víctima pero inducida a ello por error proveniente de un engaño, ardid o artificio empleado por el agente activo del delito. (Casación Penal. Febrero 20 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . 83, 1, y 2ª, y 84, 1ª

#### FACULTADES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO DURANTE LA TURBACION DEL ORDEN PUBLICO

— 154 —

Como lo explicó la Corte en sentencia de 12 de junio de 1945, obrando el Presidente en el marco amplísimo de sus prerrogativas cuando confronta la República estados de zozobra por la alteración del orden público, sin tomar determinaciones persecutorias contra una o más categorías de ciudadanos, sino en un plano elevado de sitio, los decretos que éste expida en aquellas circunstancias difíciles, sin quebrantar las normas estatutarias de obligatorio imperio en todo tiempo, con el requisito de su generalidad, y si se acom-

dan además a la necesidad de conservar o restablecer el orden, llevan por esas condiciones básicas, esenciales y únicas contempladas por la Carta, el sello de su legitimidad constitucional. La Constitución sigue rigiendo, claro está, durante la alteración del orden, pero su vigencia extraordinaria, de legalidad marcial, en cuanto sea ello necesario para que se cumpla por el Jefe del Estado una misión tan grave y alta que lo coloca, por previsión del constituyente, por encima, transitoriamente, del Cuerpo Soberano Legislativo del país; pues es notorio, y así se reconoce en el espíritu, los antecedentes y la finalidad del artículo 117, que en las emergencias de alteración del orden interno, la acción del Gobierno para restablecerlo debe cumplirse, sin la asistencia, colaboración o control del Congreso, ante el cual tendrá sí que comparecer a explicar su conducta y sus actuaciones, una vez que la normalidad se haya restablecido. (Sala Plena. Agosto 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . 22, 1ª y 2ª

— F —

**FALSEDAD (Qué se requiere para que la documentaria sea delito. — Diferencia entre esta infracción y la de uso de documento falso)**

— 155 —

La falsedad, en términos generales, es la alteración consciente de la verdad. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad. Pero para que esa mutación de la verdad en escritos pueda ser delictuosa, es necesario que recaiga, no en cualquier clase de documentos, sino en aquellos escritos que se han otorgado para establecer, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica; o más claro, que se trate de un documento destinado a dejar testimonio de un hecho de importancia en las relaciones sociales.

Y esta exigencia es fundamental, porque el objeto jurídico que la falsedad ataca y que la ley penal protege, es la fe pública que los hombres depositan en los escritos o documentos que tienen alguna firmeza y seriedad en la vida civil y en el comercio humano.

La falsedad y el uso del documento falsificado son hechos distintos, tan distintos que pueden ejecutarse por personas diversas que no han tomado parte en el delito principal, o sea en la falsedad. Así se desprende claramente de nuestro estatuto penal, que sanciona independientemente la falsedad del documento, del uso del mismo. (Artículos 234, 241 y 242).

La falsedad documentaria, dada su misma naturaleza, requiere la conciencia de la alteración de la verdad y la voluntad de ejecutarla, pues cuando la falta de verdad en un escrito proviene de un simple error, el hecho es penalmente indiferente. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso dice atinadamente el profesor Cuello Calón que "la mentira es el alma de la falsedad". Esta, por consiguiente, requiere el dolo, pero el dolo genérico traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derechos, sin consideración a determinados fines. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

109, 2ª y 110, 1ª

**FALSEDAD**

— 156 —

Lo que es esencial en toda falsedad, es que el agente proceda dolosamente (no hay falsedad por culpa), esto es, con la conciencia de alterar la verdad y la voluntad de producir un juicio falso sobre determinado hecho o situación jurídica. No hay falsedad sin intención de violar la verdad. Por eso, no toda inexactitud en escritos, ni el simple error que en ellos se cometa, constituyen falsedad.

(Casación Penal. Auto. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071)..... 736, 1ª

**FALSEDAD** (Qué se requiere para que pueda considerarse que un funcionario de la rama jurisdiccional la ha cometido)

— 157 —

La falsedad —dicen los expositores de derecho penal— consiste en la mutación de la verdad, o sea en la imitación, alteración, supresión, adulteración o suposición de la misma, hecha con intención maliciosa, y con el fin de causar un perjuicio.

Cuando la falsedad se comete en instrumentos públicos o privados, toma la denominación de falsedad formal, material e intelectual y para que los hechos que la configuran puedan ser objeto de sanción penal, es necesario e indispensable, que reúnan todos los elementos característicos del delito, no sólo en su aspecto objetivo o material sino en su aspecto subjetivo o intencional.

“La falsedad formal —ha dicho la Corte— tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no ha intervenido en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario; la falsedad material es la que ocurre cuando el instrumento es originalmente legítimo pero ha sufrido adulteración en su contenido, y se dice que es intelectual cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento hace constar en él, hechos que no son verdaderos”.

“En tratándose de documentos públicos no es necesaria la demostración de uno de los elementos que configuran el fin, o sea el de que con el documento falso se trata de causar un perjuicio a terceros, porque el documento público por su misma naturaleza siempre tiene la capacidad de producir un perjuicio contra la fe pública que el Estado

depositó en los funcionarios encargados de expedirlos, y sus consecuencias, no depender del uso que de él se haga, sino de la falsedad cometida en el otorgamiento del mismo.

En cuanto al elemento subjetivo o sea la intención criminal de causar daño, en algunos casos de falsedad material, basta la comprobación de la falsedad para que esa intención se presuma, pero en tratándose de una falsedad intelectual la intención dolosa de su autor debe ser previamente demostrada para que se configure el delito. Así lo ha expresado la Corte cuando dice:

“En muchos casos basta la comprobación de la falsedad para que la intención de causar daño se presuma, como acontece en la falsedad material en los documentos públicos o en los asimilados a tales para efectos de la sanción (artículo 233), por ejemplo, si se acredita la sustitución de la cláusula de un testamento o la suplantación de una firma en letra de cambio, cheque o pagaré. Es que entonces hay que respetar por sobre todo la fe pública debida al documento y la prueba de la falsedad se hace patente con el hecho material que la constituye.

“No ocurre lo mismo en los casos de falsedad intelectual, en los cuales es menester demostrar —aun en tratándose de documentos públicos— la intención dolosa de su autor, como cuando un notario asienta una cláusula errada en una escritura o un funcionario hace una afirmación inexacta en un documento auténtico. Pues en estos eventos, aunque la fe pública debida a esos escritos debe hacerse respetar lo mismo, la prueba de la falsedad no es tan evidente, desde luego que no consta como en los de la falsedad material y por lo fácil que es incurrir en error por diversas circunstancias, y como la mala fe no se presume, hay que acreditar que ha existido intención dañosa al estampar en un escrito palabras o frases que no sean las que han debido constar”.

Pero esta inexactitud proveniente de un

error en la interpretación del auto del Tribunal, no puede imputarse al funcionario como constitutiva de un delito de falsedad documentaria, porque no hubo la intención de hacer una mutación maliciosa de la verdad, y, porque, para que exista el delito de falsedad en documentos públicos o auténticos cometido por un funcionario de la rama jurisdiccional es necesario que el cambio o adulteración se haga fraudulentamente a fin de desfigurar la verdad de dichos documentos.

Hubo una confusión de parte del Juez en cuanto a la ejecutoria formal del auto de 21 de enero de 1946, con la ejecutoria material de la misma providencia: la primera, se produce en el momento de dictarse el auto que precluye los términos para interponer los recursos, y la segunda, empieza desde que el superior conoce del negocio en virtud de cualquier recurso hasta que se resuelve sobre el contenido de la apelación. Y esta duda, motivada por la confusión de estas dos acciones llevó necesariamente al Juez a la afirmación de que el auto se hallaba ejecutario. Afirmación que, por otra parte, no tenía por objeto la violación de la ley penal con intención o propósito criminal alguno, sino con el deseo de cumplir con lo dispuesto en las normas de los artículos 10 y 11 del Código de Procedimiento Penal en relación con la *notitia criminis* de la comisión de un delito. (Casación Penal. Auto. Abril, 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . 781, 2ª y 782

#### FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

— 158 —

La falsedad en documentos privados sólo es punible cuando se hace en perjuicio de terceros o con la intención de causarlo; entonces la fe pública se tutela mediata o indirectamente, en virtud de que se toma pie en el escrito privado para lesionar intereses

ajenos, ya patrimoniales o de otro orden. (Casación Penal. Auto. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 736, 1ª

#### FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

— 159 —

El Código Penal colombiano en su artículo 231, numeral 9º, sanciona como delito de falsedad la destrucción, supresión u ocultación de un documento público. En esta disposición incluida en el capítulo de la falsedad en documentos, nuestro legislador, reprodujo el espíritu de las disposiciones de los artículos 394 y siguientes del Código Penal de 1890, que sancionaban independientemente de los delitos de falsedad, a las personas que sustrajeran, destruyeran u ocultaran en todo o en parte algún proceso civil o criminal.

Toda falsedad por regla general, presupone la existencia del dolo, o sea, el elemento intencional del delito, y en tratándose de un hecho de esa naturaleza, falsedad por destrucción, supresión u ocultación es necesaria la demostración de ese factor intencional, pues el fin que persigue el agente activo del delito no es otro que el de ocultar la verdad para que prevalezca la falsedad, o un juicio falso distinto de aquel que hubiera prevalecido si el documento destruido, suprimido u ocultado, se conserva auténtico y genuino. En la mayoría de estos casos el factor subjetivo o intencional se representan por el interés, moral o económico del agente activo del delito.

El fundamento de este delito, estriba en la función probatoria a la cual está destinado el documento, toda vez que la destrucción, supresión u ocultación afecta directamente el contenido de la verdad creada por el documento que debe servir de elemento probatorio de la misma. Realizado el delito el juicio resultaría falso —dice Soler— en

la medida en que se haya suprimido un documento genuino cuya presencia habría determinado una diferente conclusión... Para comprender las esencias de esta figura no debe repararse, pues, en la materialidad del papel destruido, sino en el hecho de haberse suprimido una fuente de verdad que tenía carácter documental.

“¿Cuál es en efecto —dice Carrara, citado por la Procuraduría— el genuino concepto de esta forma de delincuencia? ¿Acaso el hurto? De ningún modo, puesto que el documento tiene valor intrínseco con el cual alguien puede enriquecerse, salvo cuando se trata de un antiguo pergamino o de un billete al portador. En tales hipótesis, es evidente que el sustractor roba el documento como una cosa que tiene valor en sí, y cae entonces dentro de la materia ordinaria del hurto. ¿Acaso el fraude? Tampoco, porque no se supone que el documento haya sido obtenido con artificios y engaños. ¿Acaso la truffa? No, porque no se supone la supresión de un documento entregado confiadamente para un uso determinado. El fin del agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquélla: hacer aparecer que el acreedor no es el acreedor, que el fundo de Ticio no es de Ticio, que el hijo de Saya no es de Saya, etc. El fin es el mismo que determina a aquel que en el escrito raspa una cifra o cancela una línea; y tanto vale que este fin se alcance cortando un pedazo de papel como quemándolo todo. El objeto del delito podrá no ser siempre un daño patrimonial, pero es siempre la ofensa a la verdad documental.

“Nótese que se dice falsedad por **supresión** y no falsedad por **sustracción**, porque la sustracción de un documento no conduce a la falsedad sino en cuanto sea hecha con el fin de suprimir el documento. Este criterio, deducido totalmente del fin del agente (subraya la Procuraduría), es lo que determina

la noción de la falsedad en la supresión y en la sustracción para suprimir.

“Por lo tanto si la falsedad en general requiere necesariamente la existencia del dolo (no hay falsedad por culpa), pues la alteración o supresión de la verdad debe hacerse con conciencia y voluntad de producirla contra derecho, este elemento, subjetivo del delito adquiere entonces mayor importancia tratándose de la destrucción, supresión u ocultación de un documento, porque como lo dice magistralmente Carrara, “el fin del agente es esconder la verdad y hacer prevalecer la falsedad sobre aquélla”. (Casación Penal. Auto. Abril 28 de 1949. T. LXV. 2070 2071).....788, 2ª y 789, 1ª

#### FALSO TESTIMONIO (Delito de)

— 160 —

Comete delito de falso testimonio la persona que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento y ante autoridad competente afirma una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad; es decir, que la afirmación de lo falso, la negación u omisión de una cosa verdadera en perjuicio o daño de la administración de justicia configuran esta infracción.

No basta la afirmación de un hecho falso o verdadero ante personas que no están investidas de autoridad, sino que es indispensable que esa atestación sea hecha ante autoridad competente, autoridad que no es propiamente la que resuelve sobre la calificación y fallo del delito, sino cualquier funcionario que en virtud de disposición legal esté autorizado para recibir declaración, dictamen o versión, mediante juramento, pues es lógico suponer que no hay falsedad cuando no existe declaración, dictamen o versión rendido ante autoridad competente.

El elemento intencional en el delito de falso testimonio radica en la afirmación de ser

un hecho verdadero, cuando en realidad es falso, o en omitir o callar un hecho que sí es verdadero; las simples sutilezas, las irregularidades o el error cometido de buena fe en declaración, dictamen o versión hecha ante autoridad competente excluye la noción del dolo. La falsedad no se basa en los términos o formalidades externas de la declaración, sino en el contenido de la misma y en la intención del agente para exponer como verdadero un hecho falso.

“Incurrir en una falsa creencia —dice Carrara— no es vicio de voluntad: sólo la falsedad de expresión constituye el delito, esto es, que la expresión no corresponda a la idea. Por lo cual puede ser testigo falso incluso el que afirme una cosa en sí misma verdadera, cuando falsamente narre haberla visto. La falsedad no consiste aquí en el hecho, sino en que el hecho mismo no ha sido visto por el testigo”. (Subraya la Corte).

El tema acerca del daño privado o particular que este delito ocasione, es enteramente extraño al punto que se está considerando puesto que el delito de falso testimonio es una infracción que afecta esencialmente a la administración de justicia; de allí que el legislador colombiano lo haya catalogado en el Título IV, capítulo II del Código Penal que trata de los delitos contra la Administración de Justicia.

Tampoco es necesario que el daño sea real o efectivo, basta que sea potencial; es decir, que tenga capacidad, aptitud o disposición suficiente para influir en los resultados del juicio bien sea favorable o desfavorable a los intereses de la justicia para que se dé por establecido este factor. La afirmación de que el daño debe producir un perjuicio de orden patrimonial, es una teoría que está, un tanto revaluada, porque a lo que se atiende principalmente con la sanción es a evitar la introducción de un factor de perturbación en el desarrollo normal de los procesos, y no al de averiguar si hubo o no un daño de or-

den privado. (Casación Penal. Marzo 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . .96, 2ª y 97, 1ª

## FALSO TESTIMONIO

— 161 —

Estudiada la normación que el Código Penal da al delito contra la administración de justicia, que denomina genéricamente falso testimonio, se advierte en primer término que tipifica como infracción de tal índole “el que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad”. Por consiguiente, tanto los testigos, como los peritos o como los intérpretes, pueden incurrir en esta clase de delito, cuandoquiera que se cumplan los presupuestos legales que sirven de elementos estructurales a la infracción denominada falso testimonio en el Código. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069) . . . . .386, 1ª

**FERROCARRILES (No todos los empleados de éstos pueden considerarse como órganos de los mismos)**

— 162 —

La tesis del Tribunal sentenciador, conforme a la cual “el personal que maneja los trenes forma parte del organismo del Consejo Administrativo de Ferrocarriles” y “siempre que un agente de esa administración obra en calidad de tal es la misma entidad la que obra porque mediante la personificación de la entidad moral ésta obra por medio de sus órganos, a semejanza de la persona natural y física”, es demasiado general, pues en ella no se hace distinción alguna en relación con las diversas categorías de agentes en la persona jurídica. No todos los empleados de que se valen esas entida-

des son, en efecto, propiamente órganos, pues al paso que éstos se hallan constituidos por personas físicas, necesarias, imprescindibles, hay también en las personas jurídicas otros dependientes que los entes colectivos utilizan en el desarrollo de sus actividades, pero que no tienen la misma preponderancia. Estos dependientes se asemejan a los que emplearía cualquier patrón individual, sin que por eso se les clasifique como órganos, ya que nada deciden o resuelven, sino que obedecen a las instrucciones que se les dan. Sostener que un conductor de vehículos, un maquinista o un portero son para el caso lo mismo que los gerentes, sería desconocer la diferencia de labores y las características de los distintos oficios. Dentro de una concepción que no se base en la idea de persona jurídica, sino en el concepto de persona-organismo, todos los dependientes podrían considerarse como piezas de un mecanismo, sin establecer diferencias sustanciales, sino meramente accidentales en atención a la calidad o intensidad de las labores.

De conformidad con las leyes creadoras del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es a éste a quien corresponde la administración de tales empresas, de suerte que el obrar de sus miembros puede comprometer directamente a la nación propietaria de ferrocarriles. En el caso del proceso la culpa no se atribuye ni al Consejo de los Ferrocarriles, ni a los Gerentes de la empresa, sino a subalternos distintos. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....239, 2ª

#### FILIACION NATURAL

— 163 —

Si la paternidad misma hubiera sido el objeto directo de la confesión, se trataría de un reconocimiento de hijo natural y no de

una declaración judicial. (Casación Civil. Abril 6 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .664, 2ª

— G —

**GRADUACION DE LA PENA (Basta la concurrencia de una sola circunstancia de mayor peligrosidad para que pueda elevarse la pena)**

— 164 —

En cuanto a las circunstancias de peligrosidad, aunque el Tribunal no hubiese encontrado sino una y sobre ella justificase la elevación de la pena en el supuesto de que faltase la demostración de la inferioridad de los ofendidos, aquella única circunstancia bien podría servir para que fuera superior al mínimo la pena imponible a los reos. Dentro del mecanismo que el Código contiene para la individualización de la condena, en virtud del arbitrio que otorga a los Jueces, basta la presencia de una sola circunstancia para que se produzca automáticamente la facultad de elevar la sanción. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

416, 2ª

**GRAVE E INJUSTA PROVOCACION (Requisitos para que configure la circunstancia modificadora del artículo 28 del C. P.)**

— 165 —

La Corte ha reafirmado invariablemente estas tesis: primera, la de que así como al Juez corresponde la apreciación y calificación de las circunstancias de peligrosidad, al jurado competen las de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad; segunda, que la provocación, establecida por el artículo 28, requiere el reconocimiento de parte del jurado, de sus condiciones esenciales, de la injusticia y de la gravedad; y tercera,

que si el jurado reconoce los estados causados por la provocación, pero omite ambas o una de aquellas condiciones, especialmente la gravedad, surge la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38 con exclusión de la modificadora del artículo 28.

Si el jurado reconoció un estado de intenso dolor provocado por los irrespetos (juegos con la esposa según el proceso), le estaba vedado al Tribunal (por mandato del artículo 480) modificar el veredicto dándole a tal motivo el contenido de gravedad e injusticia que el mismo jurado, a pesar de la sugerencia del Fiscal, se negó a incorporar en su respuesta al cuestionario. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

411, 1ª

**GRAVE E INJUSTA PROVOCACION**

— 166 —

Hacer rondar una casa en donde se sospecha que están ocultos los bienes que alguien ha perdido, no constituye una provocación injusta y grave, porque es una medida consagrada por la ley para esas ocurrencias. (Casación Penal. Febrero 22 de 1949. Tomo LXV. 2068-2069).....459, 2ª

— H —

**HECHO DE TERCERO (Puede ser objeto lícito de contrato)**

— 167 —

Es objeto lícito y posible de las obligaciones el hecho de un tercero. "Siempre que por uno de los contratantes — dice el artículo 1507 del C. C.- se compromete a que por una tercera persona, dé quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, está tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud

de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa". La índole de esta obligación del promitente es particular, y consistiendo en la obtención de una autorización o ratificación válida en el fondo y en la forma, constituye una obligación de obtener determinado resultado, en forma que si no se obtiene, por cualquier causa que sea, según los principios generales, se incumple, dando lugar naturalmente a las consecuencias jurídicas que el derecho contractual asigna al incumplimiento de las prestaciones estipuladas. (Casación Civil. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....626, 2ª

**HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL**

— 168 —

En el homicidio preterintencional, como lo significa este vocablo, el victimario quiere solamente herir, pero la víctima fallece, sin embargo a consecuencia de la herida. Y si en los juicios por jurado quien califica los hechos es el tribunal popular (artículo 480 del Código de Procedimiento Penal), y si aquí reconocieron los jueces de conciencia la "intención de matar", síguese que se trata en el proceso de un homicidio simplemente intencional y no de uno preterintencional. (Casación Penal. Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....776, 2ª

**HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL (Para que se considere demostrada la responsabilidad del procesado, por esta clase de homicidio, no basta con que el jurado reconozca que aquél es autor del hecho y que lo realizó sin intención de matar)**

— 169 —

Nuestro Código especifica este delito por el resultado de la acción que sobrepasa a la

intención o fin que el agente se propone realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de menor entidad del que efectivamente se exterioriza; es decir, el resultado de la acción supera el fin o intención del autor, porque éste sólo tiene como propósito el causar unas lesiones personales, y la muerte se produce por factores ajenos a su intención.

“Por tanto —dice la Procuraduría—, el homicidio preterintencional es una figura caracterizada, con entidad propia. El representa una de las tres grandes categorías en que se divide el homicidio por el aspecto de su elemento intencional, a saber: homicidio doloso, culposo o ultraintencional”.

Si el homicidio preterintencional es un delito específico con entidad propia que lo diferencia de los demás, para que sea objeto de sanción penal es necesario que así lo declare expresamente el jurado, no sólo en relación con el hecho material sino también respecto del factor intencional, punto básico para que el Juez pueda encajar el hecho en la disposición del artículo 365 del Código Penal.

Si el Juri afirma la realización del hecho por su aspecto material y niega la intención de matar, el veredicto no puede interpretarse como declarativo de una responsabilidad con carácter de preterintencional, pues destruída la unidad y correspondencia de estos elementos, se rompe el principio de causalidad que debe existir entre la intención y el resultado ya que la responsabilidad no se ha individualizado en relación con determinada especie de homicidio.

Cuando el Jurado —dentro del sistema del cuestionario único— responde afirmativamente que el procesado es el autor del hecho material y niega la cuestión referente a la intención o propósito de matar, bien puede suceder que el pensamiento de los jueces de

conciencia fue el de reconocer la existencia de otro hecho.

Lo que ocurre es que en una respuesta como la que se estudia, la decisión del Jurado en cuanto a la responsabilidad es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los sistemas legales para que el Tribunal popular hubiera aclarado su pensamiento. Porque si no hubo intención de matar, es necesario saber si hubo el propósito de herir únicamente y la muerte se produjo por exceso en la acción física o por un hecho subsiguiente dependiente de una actividad de la víctima o de un tercero, o por negligencia o imprudencia, elementos que dentro de la función interpretativa del veredicto no pueden suplirse por los juzgadores de derecho.

Es cierto que el veredicto del Jurado reconoció el elemento material del delito —acción física— pero también es evidente que en su adición explicativa negó el factor intencional cuando expresó “pero sin intención clara de producirle la muerte”; si la intención de matar no es clara, es lógico pensar que los miembros del Jurado no afirmaron la responsabilidad como una cosa cierta y evidente porque en su ánimo surgió la duda en cuanto al propósito que efectivamente tuvo el delincuente y por esto negó el dolo de propósito, pero esta negativa no implica —necesariamente— el reconocimiento del dolo preterintencional, porque destruído el factor espiritual elemento componente del delito, la infracción queda desintegrada por ausencia de responsabilidad y en tal evento la Corte en abundante jurisprudencia ha optado por la absolución. (Casación Penal. Marzo 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067). 87, 1ª y 2ª

#### HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

— 170 —

Todos los tratadistas de derecho penal están de acuerdo en reconocer la existencia de

un dolo en el homicidio preterintencional con la circunstancia de que para unos penalistas ese elemento se informa por las nociones de dolo en cuanto a la intención de lesionar y culpa en relación con el resultado de la acción; para otros, es el reconocimiento expreso de un dolo preterintencional, o el dolo indirecto de que habla Florián, o el dolo indeterminado que expresa Alimena. Pero cualquiera que sea la noción que informa este elemento, el dolo es la base fundamental que tipifica la figura del homicidio preterintencional.

Nuestro Código especifica este delito por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propone realizar. La característica del elemento subjetivo se concreta en la producción de un evento dañoso de menor entidad del que efectivamente se exterioriza; es decir, el resultado de la acción supera el fin o intención del autor, porque éste sólo tiene como propósito el causar unas lesiones personales y la muerte se produce por factores ajenos a su intención. (Casación Penal. Marzo 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 90, 2ª y 91, 1ª

## HURTO Y ROBO

— 171 —

Es evidente que bien sea desde el punto de vista subjetivo o desde el punto de vista objetivo, estas dos infracciones (hurto y robo) se diferencian fundamentalmente. Ello, porque el agente que sustrae los bienes ajenos, empleando los medios que configuran el robo, desde el punto de vista subjetivo que sirve para distinguir estos delitos, no sólo revela grado de peligrosidad excesivo, sino que da muestras de constituir un grave peligro social, porque su agresiva actitud lo coloca en situación de pasar por encima de todos los obstáculos que el hombre ha puesto para salvaguardar su patrimonio, los que

de nada sirven para el ladrón, pues no se detiene ante ninguno ni nada lo arredra para conseguir el logro de sus propósitos.

Y objetivamente también se explica la mayor significación del robo y la determinación del legislador de crear una figura jurídica diferente del simple hurto, con sólo considerar que este último delito se produce en la generalidad de las veces gracias al abandono o descuido del dueño, negligente y confiado, circunstancias que aprovecha el agente para efectuarlo. En cambio, en el robo la cosa se encuentra protegida, amparada y vigilada por la voluntad de su dueño, que ha puesto para su custodia y protección cuantos elementos mecánicos pueden servirle para ese objeto. A pesar de ello, y por encima de ellos, por sobre la previsión humana, ni de tal suerte ha conseguido sustraerlos del intento doloso del ladrón; quien para lograr su propósito, violenta todo lo que le impide satisfacer su ánimo dañino. Es por tanto manifiesto que el robo constituye una más grave infracción, y por eso se justifica un criterio represivo más riguroso. (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 467, 2ª y 468, 1ª

— I —

**IDENTIFICACION DE PREDIOS (Es condición previa en la acción de dominio y en las oposiciones de petróleos)**

— 172 —

La doctrina que la Corte ha sentado en juicios sumarios de que "lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere el título, y sólo a condición de que tal cosa sea **identificable**, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto" (G. J. Tomo 53, pág. 476), es igualmente aplicable en los ordinarios que entrañan el ejercicio de una clásica acción de do-

minio, para cuya prosperidad, según doctrina también abundante de la Corte, ha de aparecer plenamente acreditada —como uno de los postulados que configuran tal acción— la existencia de una cosa singular, debidamente determinada, respecto de la cual haya de hacerse la declaración de propiedad imputada por el demandante. (Negocios Generales. Marzo 25 de 1949. T. LXV. 2070-2071)

839, 2ª

**ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA (La de la sustantiva de la parte demandante no es causal de nulidad)**

— 173 —

La ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante no es una causa de nulidad del proceso, sino un motivo de fondo para absolver al demandado, como que no constituye un vicio de procedimiento sino la falta de un elemento esencial del derecho deducido en el juicio, de la acción ejercida en la demanda. Y, la ilegitimidad de la personería adjetiva, que sí es causal de nulidad del proceso, no puede ser alegada ni durante la instancia del juicio ni como motivo de casación por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente.

Este es el resumen de las doctrinas que ha sostenido esta Sala en varios fallós. (Casación Civil. Abril 8 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 668, 1ª

**ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA SUSTANTIVA E ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA ADJETIVA**

— 174 —

Es bien sabido que las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura ju-

rídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión rituarial, como la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento.

Así lo sostuvo ya en otra ocasión la Corte G. J. T. XLVI, pág. 557). (Casación Civil. Abril 20 de 1949. T. LXV. 2070-2071). 687, 1ª

**IMPEDIMENTOS**

— 175 —

La causal de impedimento consagrada por el numeral 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene operancia cuando el juez o magistrado, o su mujer son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el apoderado o defensor de alguna de las partes.

El Código de Procedimiento Penal, no determina en forma expresa quiénes son las partes en el proceso penal, pero dentro del Título que hace referencia a las personas que pueden intervenir en el proceso, señala entre otras, al Agente del Ministerio Público, al procesado, al apoderado o defensor, y estrictamente, a la parte civil, lo que equivale decir, que dentro de la ley sólo puede darse la calidad de partes a las personas anteriormente nombradas; toda otra persona, que en forma secundaria intervenga en el proceso no tiene la categoría de parte, según se desprende del contenido del artículo 1º de la Ley 107 de 1943.

La persona que presta una fianza hipote-

caria para garantizar las obligaciones que el impone el funcionario de la rama jurisdiccional al sindicado o procesado, para gozar del beneficio de libertad provisional, no tiene el carácter de parte en el juicio penal, ora porque su intervención como la de su apoderado es secundaria en relación con los resultados finales del juicio penal, ya también, porque la ley no le asigna esa calidad. Por consiguiente, el apoderado que en un incidente de cancelación de una fianza representa a un tercero ajeno a los resultados finales del juicio, no lleva la personería de ninguna de las partes que intervienen en el proceso penal, ya que partes, según la ley y la doctrina jurisprudencial de la Corte, solamente son: el Agente del Ministerio Público, el sujeto penal representado por su apoderado o defensor y la parte civil.

Si dentro de la enumeración taxativa que trae el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, se hubiera dado al fiador de cárcel el carácter de parte, entonces sí prosperaría la causal invocada por el Magistrado Martínez, pero no existiendo una norma legal en la cual pueda fundarse el derecho invocado, el impedimento no es legal. (Casación Penal. Auto. Octubre 26 de 1948. Tomo LXV. 2068-2069) ..... 363, 1ª y 2ª

#### IMPEDIMENTOS (Qué se entiende por opinión)

— 176 —

Si fuera ampliado el concepto de que la causal 4ª la constituye la manifestación de una opinión cuandoquiera que un Magistrado o Juez elabora el proyecto de decisión correspondiente, se llegaría al absurdo de hacer operar esa causal de impedimento o recusación hasta límites inconvenientes, toda vez que cualquier opinión del funcionario, así fuera ella emitida como una simple certificación, sin comprometer su criterio y decisión

dir en definitiva, impondría la inhibitoria posterior del mismo Juez, paralizando, de esta suerte, la administración de justicia, que siempre se vería cohibida por un procedimiento que ni la ley crea, ni la propia razón justifica: (Casación Penal. Auto. Abril 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 799, 2ª

#### IMPEDIMENTOS

— 177 —

Si el funcionario no se consideraba impedido, no tenía por qué declararlo así para conocimiento de las partes, ni tenía por qué haber abierto antes del fallo un incidente que no se propuso de acuerdo con los términos y condiciones de la ley. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 145, 2ª

#### IMPEDIMENTOS (Por haber emitido opinión)

— 178 —

No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso, puede considerársela como de bastante entidad para constituir una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía.

Mientras ello no ocurra, sería extender demasiado aquella causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis en la administración de justicia, por la invocación de un impedimento que equivaldría a que cualquiera actuación, por ligera y descuidada que se la supusiera o porque es de aquellas que corresponden a la actuación judicial que todo Juez debe proferir, serían de

esta suerte consideradas como incluídas dentro de la causal del ordinal 4°, lo que no puede ser admitido por motivo alguno. (Casación Penal. Auto. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 754, 2ª

### IMPEDIMENTOS

— 179 —

Nada omite el funcionario, susceptible de acarrearle responsabilidad penal de ningún género, por el hecho de no hacer manifestación en el sentido de que confluente alguna de las causales de impedimento, cuando ninguna de las circunstancias previstas como motivos determinantes de la inhibición del funcionario se presentan en un caso dado. Sería aberrante que correspondiendo la calificación de tales circunstancias al mismo funcionario —porque éste es un proceso subjetivo en donde él tiene la primacía de la acción en el sentido de no considerarse suficientemente apto para fallar imparcialmente— a pesar de ello recayera sobre él responsabilidad penal por no manifestar un hecho que no tiene existencia ni moral ni subjetiva en el plano de la conciencia del Juez, único en capacidad de juzgar cuándo confluente motivo alguno que le cause la inhibitoria para fallar o decidir. (Casación Penal. Auto. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) 758, 2ª

### IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

— 180 —

Pedirle al funcionario que ponga en conocimiento de las partes el impedimento que tiene, no es decirle que se le recusa, sino solicitarle que, si está de acuerdo con el peticionario, haga saber que tiene un motivo para no conocer de un negocio. (Casación

Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 145, 1ª

### IMPUGNACION DE UN RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD NATURAL (Quién tiene interés y personería para ejercer esta acción)

— 181 —

El Tribunal incurrió en el quebranto de las disposiciones sustantivas que cita el recurrente al concluir que el solo interés de la demandante, representado en la defensa de su vocación hereditaria, es suficiente para legitimar el ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento de hijos naturales. “Las acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, ha dicho esta Sala, no pueden ejercitarse lo mismo que generalmente sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar que asumen la naturaleza de motivos de orden público. El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente, sufre una excepción en este caso, por que la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones...” El Tribunal se equivocó al estimar que la ley 45 de 1936 había alterado este principio reduciendo al mero interés actual y pecuniario los requisitos para poder impugnar legalmente un reconocimiento de hijos naturales, cuando dice: “El artículo 58 de la ley 153 de 1887, del cual sólo quedaron derogados por la ley 45 de 1936 las materias referentes a las causas que debían acreditarse para la impugnación del reconocimiento, establece que éste podrá ser impugnado por toda persona que pruebe tener interés actual en ello”. El artículo 30 de la ley 45, no leído, o mal leído por el Tribunal, dice: “Deró-

ganse los artículos... 53, 54, 56, 58 (causas 3, 4), y 59, 66, 67, 70, 71, 72, 74 y 86 de la ley 153 de 1887....”

Las causas 3, 4 y 5 de impugnación del reconocimiento, expresamente derogadas, que dieron sin objeto a virtud de las nuevas disposiciones de la ley 45, como obviamente se deduce de su simple lectura pero sigue siendo elemento integrante de la personería sustantiva de quien impugne un reconocimiento paterno, fuera de su interés actual, la necesidad ineludible de fundar probatoriamente su acción en que el reconocido no ha podido tener por padre al reconocedor, cosa ésta bien distinta de los motivos y razones que se han agitado como base de la pretendida impugnación en esta controversia. (Casación Civil. Marzo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 611, 2ª

**INCONGRUENCIA (Cuando se invoca esta causal, no procede estudio de fondo)**

— 182 —

En un recurso de forma como es el cargo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado no procede estudiar si lo estipulado por las partes en su contrato es una transacción o una simple promesa de contrato porque ello sería entrar al fondo de la cuestión. (Casación Civil. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 632, 2ª

**INCOMPETENCIA DE JURISDICCION**

— 183 —

La cuestión de incompetencia debe ser siempre materia de estudio previo por parte del juzgador a quien se dirige el peticionario en demanda de alguna decisión, para no avocar el conocimiento y dar lugar a actuaciones que al fin pueden resultar nulas, con

manifiesto perjuicio para los interesados. (Negocios Generales. Auto. Febrero 21 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 547, 1ª

**INDEFENSION DE LA VICTIMA (Como circunstancia de mayor peligrosidad)**

— 184 —

No es necesario que el victimario prive de su defensa a la víctima, para que se considere como más peligroso, sino que basta que se aproveche de las circunstancias desfavorables a su defensa. (Casación Penal. (Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

778, 1ª

**I N D I C I O S**

— 185 —

“Entiéndese por indicio -dice Dellepiane-, todos los hechos o circunstancias que en virtud de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, pueden llevar por vía de inferencias, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, en su naturaleza, autores, móviles, efectos, y demás particularidades del mismo”.

Es decir, para que se tenga un indicio como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada; que el hecho indiciario se halle plenamente probado; que sean varios y graves cuando uno solo no es necesario o concluyente para la demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no constituyan momentos sucesivos de un solo hecho, que sean convergentes y que se coordinen entre sí en tal forma que su conclusión sea el resultado natural y lógico de un todo coherente y se puede decir indivisible.

Es claro que cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho no necesario y cuando sus modos probatorios dependen de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forma la plena prueba que exige la ley para condenar. Porque en este caso, todos ellos no serían la expresión de diversos hechos indiciarios sino de uno solo con un mismo argumento; es decir, sería un indicio no necesario demostrado por varios hechos convergentes que tratan de vigorizarlo pero no de multiplicarlo.

En estas condiciones, los hechos indiciales no serían independientes unos de otros, ni en cuanto a su origen ni en cuanto al modo de probarlos. Si el indicio no es necesario, la demostración que de él se haga por medio de hechos convergentes, no significa que esas circunstancias demostrativas se tengan ante la ley como diversos hechos indiciarios, sino como uno solo, separado por momentos sucesivos que en último término son partes integrantes de un solo hecho. (Casación Penal. Abril 28 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

794, 2ª

**INDICIOS (Cuándo su errónea apreciación o valuación dan lugar a la casación del fallo)**

— 186 —

En la valuación de la prueba indiciaria el juzgador goza de una amplitud y libertad suficiente, porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador en el cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituir el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por haberseles atribuido un valor probatorio que no tenían o negado el que sí tenían se hubiera dado por estableci-

do uno de los elementos del cuerpo del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad en perjuicio evidente del acusado o de la administración de justicia. (Casación Penal. Marzo 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067) . . . . . 98, 1ª y 2ª

### INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 187 —

La acción civil sobre reparación del daño causado por la comisión de una infracción, según el sistema adoptado en el C. de P. P., puede proponerse:

a) Por la persona o personas perjudicadas con la infracción, o sus herederos, dentro del proceso penal, constituyéndose tales personas parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del Agente del Ministerio Público y del funcionario de Instrucción. Tal se desprende de los artículos 24, 112 y 294 del C. de P. P. y 93 del Código Penal.

Cuando así sucede, lo que en materia de indemnización de perjuicios estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción. (Artículo 25, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal).

b) La respectiva acción indemnizatoria puede proponerse oficiosamente por el señor Agente del Ministerio Público, con la cooperación del funcionario de instrucción para fijar y obtener la indemnización de perjuicios por haberse abstenido el interesado. (Artículos 93 y 294 citados).

En este caso, por virtud del principio fundamental de la relatividad que corresponde a las decisiones judiciales, la eficacia y fuerza vinculante de la sentencia penal en lo tocante a indemnización se subordina a la voluntad de los perjudicados; si la aceptan, pueden demandar con ella ejecutivamente ante los jueces civiles el pago de la indem-

nización; y si no se conforman con la sentencia, en lo relacionado con la reparación de daños, pueden ejercer la acción privada ante los jueces civiles dentro de los términos ordinarios de la prescripción de la acción, y pierden el derecho de pedir ejecución de la sentencia penal. (Artículo 25 citado, inciso 2°).

c) Mas si los interesados no se han hecho parte civil y los funcionarios no han cumplido su mencionado deber y la sentencia condenatoria no ha atendido, por lo mismo, a la reparación, no siendo jurídico derivar de esas omisiones la pérdida de este derecho, queda abierto a los damnificados el campo para hacerlo efectivo ante el Juez Civil.

d) Ahora bien, si fuera de los casos que se acaban de mencionar, si independientemente a la acción penal, se demanda ante el juez civil la indemnización de perjuicios por la infracción y a la vez se sigue el procedimiento penal correspondiente, la acción civil se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Tal lo prescribe el artículo 11 del C. de P. P.

Es de advertir, desde luego, que no obsta para la aplicación de los textos anteriores la circunstancia de que el juicio civil para la reparación del daño se adelante, no precisamente contra el autor del ilícito, sino contra la persona o entidad obligada a responder por él, como ocurre en el presente negocio, en que se demandó al Municipio de Bogotá con causa en la actividad de un empleado a su servicio.

Con respecto a los puntos de vista del opositor, la Sala observa:

a) Según el inciso 3° del artículo 147 del C. J., la jurisdicción se suspende por mandato de la ley, cuando ésta, así lo ordena.

El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal contiene una orden legal de suspen-

sión de la jurisdicción. Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá. Tal precepto entraña una cuestión de orden público, que no puede considerarse como cuestión meramente adjetiva o de simple procedimiento.

“Los preceptos que establecen la organización y determinan el funcionamiento de las diversas autoridades que componen el Organismo Judicial del Poder Público para ejercer, por autoridad de la ley, la jurisdicción que corresponde a la República, son normas fundamentales de derecho público que a la vez que estructuran el órgano y limitan sus órbitas funcionales, constituyen garantías permanentes para la efectividad del derecho. No se pueden equiparar estos preceptos básicos con los propiamente procedimentales y adjetivos destinados a enderezar el mero ejercicio de las actividades judiciales”. (Gaceta Judicial, Tomo 42, pág. 259).

Es, pues, la norma acusada una disposición sustantiva, cuya transgresión obliga a casar la sentencia.

b) En cuanto al reparo hecho de que no se pidió por parte legítima, dentro de las instancias, la suspensión del proceso y dado el sistema que determina nuestro procedimiento en materias civiles era necesario que por parte legítima se hubiera demandado la suspensión del juicio, la Sala considera que, entrañando el mandato consignado en el inciso 2° del mencionado artículo 11 una cuestión de jurisdicción, y siendo tal precepto de orden público, el Juez, de oficio, una vez cerciorado de la existencia del proceso penal, antes de fallar, debe proceder a suspender el procedimiento civil en espera de la calificación del hecho por el Juez del crimen.

Ya se ha visto que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal dispone en su segunda parte que si el fallo que corresponde dictar en el proceso penal pudiera influir

en la solución de la controversia civil o administrativa, se suspenderá ésta, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable. Entraña tal precepto, en consecuencia, una cuestión de jurisdicción improrrogable, que obliga al Juez, aun sin petición de parte, es decir, de oficio, a suspender el procedimiento en espera del fallo penal. El proceso civil para la indemnización de los perjuicios se puede iniciar aún antes del proceso penal. También se pueden adelantar los dos juicios simultáneamente, pero cuando la decisión que llegare a adoptar el Juez Penal pueda influir en la solución del proceso civil, por cuanto la razón del cobro de indemnización se origine en el hecho delictuoso o culposo del agente que causó el daño, existe una cuestión legal previa que resolver como base de la indemnización que se reclama para la reparación del daño civil ocasionado a los lesionados con el accidente.

Por mandato de la citada disposición, la jurisdicción se suspende y el Juez no podría continuar conociendo. Tal jurisdicción no es prorrogable, ni tácita, ni expresamente. Suspendida por ministerio de la ley, el Juez carece de la facultad de administrar justicia y la razón es obvia: la ley ha querido evitar la colisión de fallos. La entidad encargada de calificar el hecho delictuoso o culposo, es el Juez penal y se busca, ante todo, evitar que un mismo hecho pueda ser calificado a la vez de diverso modo por la justicia.

De ahí que el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, al reglamentar el ejercicio de la acción civil reparatoria del daño privado que tiene su fuente en la comisión de una infracción, establece como regla general que gobierna la materia, el que tal acción se ejercerá dentro del proceso criminal por la persona o personas perjudicadas, o por sus herederos. (Casación Civil. Febrero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069). 346, 1ª y 2ª, 347, 2ª y 348, 1ª

NOTA — Obsérvese que la Sala de Casación no distingue entre la hipótesis en que se demanda al autor del hecho de la en que la demanda va dirigida contra un tercero, para dar soluciones diferentes para uno y otro caso, como lo hace la Sala de Negocios Generales en la providencia de 28 de octubre de 1948, que en lo pertinente se reproduce en este INDICE.

El Relator de la Corte

## INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 189 —

Es necesario distinguir el caso en que la acción civil de indemnización del daño ocasionado por el delito va dirigida contra el propio autor del hecho del caso en que esa acción se dirige contra un tercero civilmente responsable, porque en esta segunda hipótesis la demanda puede presentarse en cualquier tiempo, y tan sólo hay lugar a suspender el juicio civil hasta tanto se decida definitivamente el proceso penal, mientras que en la otra hipótesis tienen completa aplicación las normas del Capítulo II del L. I. del C. de P. P.).

Cuando el autor directo del perjuicio es o puede ser el único responsable civil, por no existir tercero, la acción se dirige contra él, bien sea dentro del juicio penal o posteriormente a éste, en juicio civil. En tal caso el presupuesto de la ley procesal se aplica plenamente, pues como él lo prevé, puede entonces el perjudicado demandar al responsable del daño en el juicio penal, o en juicio civil separado, cuando el penal ha fenecido. Tiene así cabal aplicación el estatuto establecido en el Capítulo II, Libro Primero del Código de Procedimiento Penal.

No ocurre lo mismo cuando el perjudicado dirige su acción contra el tercero responsable. Aquí ya no rige la subordinación total de la acción civil a la penal previa, ordenada en los artículos 24 y siguientes del Código Procesal. La acción civil puede entonces pro-

ponerse, sin subordinación a la penal, en cualquier tiempo, antes que prescriba, y el proceso no encuentra más regla a qué atender para su adelantamiento que el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal que ordena su suspensión, en las circunstancias que él contempla. El inciso segundo de esa disposición, por el carácter general que tiene, es aplicable al caso en examen y por lo tanto debe suspenderse el juicio civil mientras se adelanta el proceso penal. (Negocios Generales. Auto. Octubre 28 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....283, 2ª

NOTA. — Como lo advierte expresamente la Corte, en esta providencia introduce algunas modificaciones a la jurisprudencia sentada con anterioridad por la misma Sala, en relación con este problema de la influencia del proceso penal en el juicio civil de indemnización, pero esta modificación hasta el presente no ha sido acogida por la Sala de Casación Civil, como puede verse en un fallo posterior a éste, donde esta Sala mantiene intacta la antigua tesis.

El Relator de la Corte

## INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

— 190 —

En el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal se ha establecido que la acción civil no podrá proponerse ante la jurisdicción civil cuando en el proceso penal se haya declarado por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo ejecutoriados que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Contempla el artículo citado, tres únicas causales de extinción de la acción civil como consecuencia del pronunciamiento penal: que el ilícito delictuoso o culposo no ha existido; que la persona procesada no lo cometió; o que, habiéndolo cometido, procedió en cum-

plimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

En estos casos, la resolución absolutoria produce el efecto de extinguir la fuente generadora de la obligación de reparar los perjuicios causados por el ilícito. Si la infracción de donde se pretende derivar un daño patrimonial o moral no se ha configurado, o si, habiendo existido, aparece que su autor es persona distinta del inculpado; o bien, si se absuelve a éste de toda responsabilidad porque hubiere obrado dentro del supuesto en que la ley justifica el acto, quitándole todo carácter de delictuoso, dentro del rigor del indicado precepto carecería de causa cualquiera acción encaminada a obtener la reparación del daño privado, puesto que éste jurídicamente no se ha conformado.

En el presente litigio la jurisdicción competente no ha desconocido, sino, por el contrario, afirmado, que se ejecutó la muerte violenta de un individuo, de la cual es autor material el empleado público nacional Carlos Sáenz P.; y, de otro lado, la absolución en su favor proferida no se debe a que hubiera procedido en cumplimiento de un deber — como, por ejemplo, si hubiera tratado de evitar la comisión de un delito—, o en ejercicio de una facultad legítima, como en el caso de legítima defensa, o en alguno de los demás en que la ley quita al hecho material su carácter de punibilidad y, por consiguiente, de entidad generadora de un daño civilmente reparable.

Las pruebas que apreció el Tribunal en los pasajes transcritos de su sentencia, lo mismo que las del Juzgado de primera instancia, son afirmativas y rotundas en cuanto niegan toda intención dolosa en el agente activo de la infracción, pero están inspiradas en la duda respecto a la simple culpa o imprudencia que hubiera podido determinar el acto causante de la muerte de Vidal Cacedo. En esta situación optaron los juzgadores por la absolución, fundados en el dic-

tamen del jurado y en la ausencia de pruebas suficientes para destruir su evidencia, lo cual encaja perfectamente dentro de los principios que dominan el juzgamiento penal.

En tales condiciones, y si por tal motivo la sentencia que puso fin a la actuación penal hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad criminal del autor material del acto, en cambio este pronunciamiento absolutorio no es obstáculo para que a su vez la jurisdicción civil examine si existe o no una culpa o falta que acarree para él mismo, o para la persona o entidad que tiene el deber jurídico de responder por él, la responsabilidad de orden civil que su hecho comporta. En otros términos, la ausencia de pruebas que llevaron tanto al Juzgado como al Tribunal a aceptar el veredicto absolutorio proferido por el Jurado, no impide que se examine aquí la culpa de orden civil que se controvierte por las partes ante la Corte. Esto debe ser así desde luego que el acervo probatorio si bien puede ser insuficiente o inidóneo para deducir una sanción penal al procesado, en cambio puede llegar a configurar la responsabilidad civil del mismo; y esto es mucho más exigente cuando media la culpa simplemente presuntiva, la cual —como es obvio— no juega papel alguno en la acción penal, pero que para la civil la ha establecido la jurisprudencia de la Corte al hacer la interpretación del artículo 2356 del Código de la materia.

Quando el fallo absolutorio proferido en el proceso penal obedece a insuficiencia de pruebas para condenar, la absolución dicha no precluye el ejercicio de la acción civil por la vía civil. (Negocios Generales. Septiembre 9 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ... 210, 2ª y 211, 1ª

**INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN EL JUICIO CIVIL—Procedimiento a seguir cuando la acción de reparación va dirigida contra un tercero.**

— 191 —

En providencia de 28 de octubre de 1948, la Sala de Negocios Generales, después de enunciar varios fallos, principalmente el de 29 de agosto de 1945, presenta una serie de reflexiones para formar un criterio acerca de la interpretación y aplicación de los artículos 11 y 24 del Código de Procedimiento Penal, y llega así a la conclusión de que es preciso distinguir al respecto la situación en que se halla el autor del hecho delictuoso o cuasidelictuoso y la del tercero responsable. Son dos casos distintos, puesto que si contra el directamente responsable se puede ejercer la acción civil dentro del proceso penal, ello no es factible en relación con el tercero responsable.

Las normas de los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal se limitan en su aplicación al responsable directo del perjuicio y no al tercero, que por lo mismo no tiene en cuenta el Código de Procedimiento. Lo que significa que el tercero no puede ser llevado al juicio penal y que por tanto la acción civil para cobrarle perjuicios ha de intentarse por el perjudicado separadamente, en juicio civil aparte.

Si a este tercero no es posible demandarlo dentro del proceso penal, no existe contra él sino la vía de un juicio civil ante los jueces civiles. Consecuencialmente, la demanda ante esta jurisdicción puede intentarse en cualquier momento, y, por tanto, no es jurídico, en tal evento, deducir una excepción de petición antes de tiempo, por no haberse antes concluido el juicio penal. Aún más: si así no fuese, se llegaría en la práctica a ha-

cer nugatorio un derecho que la ley consagra, comoquiera que el inciso 2º del artículo 2358 del C. C. establece una prescripción de tres años con relación a la responsabilidad del tercero y ya que los procesos penales duran por lo general más de este tiempo. (Negocios Generales. Febrero 10 de 1949. Tomo LXV. 2068-2069).....535, 2ª y 536

## I N S I D I A

— 192 —

Si la insidia consiste, como lo dicen los doctrinantes, en toda suerte de artificios o maquinaciones empleados para causar la muerte de otro, reduciendo hasta lo mínimo las posibilidades de fracaso que pudieran resultar de la acción defensiva de la víctima, resulta evidente que bien sea que se juzgue como un ocultamiento moral, según el pensamiento de Carrara, en que el disimulo del propósito criminoso es un factor decisivo para que la acción se cumpla con las mejores posibilidades subjetivas del agente para no errar el golpe, lograr la impunidad y salir indemne del ataque, o bien dicho ocultamiento sea físico, material, como cuando la acción delictuosa se lleva a efecto en forma sorpresiva y sin fingimiento alguno que prevenga a la víctima del ataque de que va a ser objeto; en ambos casos, existiendo el medio insidioso, esta sola circunstancia es bastante para elevar el homicidio a la categoría de asesinato.

Por lo tanto, resulta que cuandoquiera que se emplea ese medio, dicha sola circunstancia es suficiente para eliminar las otras especies de insidia o modalidades en la comisión del hecho que el código designa como asechanza o envenenamiento. (Casación Penal. Marzo 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

768, 2ª

## INTERPRETACION DE LA LEY (Un error en ella no configura delito)

— 193 —

Si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal. (Casación Penal. Auto. Febrero 1º de 1949. T. LXV. 2068-2069).

419, 2ª y 420, 1ª

## INTERVENCION DEL ESTADO EN LAS INDUSTRIAS

— 194 —

Como el constituyente en el artículo 32 del Estatuto no expresa cómo ha de hacerse por mandato del legislador la intervención y tan sólo señala los fines a que ella ha de subordinarse: racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, cualquiera medida que el legislador considere conveniente adoptar para lograr estos fines, cabe dentro de la norma constitucional, si realmente aquélla se dirige a conseguirlos.

.....  
El cambio llevado a cabo por la reforma constitucional de 1945 en el artículo 28 de la de 1936, consiste en cambiar la expresión en aquél empleada de que el Estado podía intervenir "por medio de leyes" en la explotación de las industrias, por la otra que se

encuentra en el artículo 32 de la actual codificación: "por mandato de la ley" tuvo en mira desvanecer la duda que había surgido de que toda la intervención correspondía hacerla a la ley, hasta en su detalle reglamentario. No obstante el cambio del artículo 28 de la Constitución de 1936 al 32 de la de 1945, es lo cierto que la intervención en lo esencial tiene que hacerla la ley, dejando a los reglamentos y a los otros actos del Gobierno su ejecución y el desarrollo del mandato intervencionista.

Si para fines de intervención la ley concede una autorización al Ejecutivo como el Constituyente no quiere que en esta materia el Ejecutivo legisle, sustituyendo al Congreso, la autorización hay que entenderla conferida para que aquél complemente el ordenamiento legal, si lo estima necesario, pero sin salirse del campo señalado por el legislador.

Al legislador le corresponde señalar los linderos que deben encerrar la órbita del Ejecutivo. Si no lo hace y simplemente autoriza al Gobierno a que intervenga en la explotación de una industria, para que se alcancen los fines previstos por la Constitución en su artículo 32, habrá dado una facultad al Gobierno trasladándole el poder que el Constituyente le otorgó, pero no habrá intervenido realmente por medio de sus propias decisiones.

El "mandato de la ley" para intervenir en la explotación de las industrias debe ser tal que denuncie la voluntad clara del Congreso acerca de la intervención que quiere realizar, indicando su radio y sus límites, para que no tenga que fijarlos el Ejecutivo. Lo que no implica que la potestad reglamentaria no se pueda desenvolver con amplitud bastante para lograr los propósitos de intervención. (Sala Plena. Noviembre 30 de 1948.

T. LXV. 2066-2067) . . . . . 34, 2ª; 35, 1ª y 2ª, y 36, 1ª

INTERVENCION EN POLITICA  
(Delito de)

— 195 —

No configura delito de intervención en política el que un funcionario de la Rama Jurisdiccional, antes de la reforma constitucional de 1945 que consagró la incompatibilidad entre las funciones de la dicha rama y el cargo de Concejero Municipal, hubiese sido elegido para este cargo y ejercido las funciones del mismo, si no existe además prueba de su participación en debates políticos en el seno de la Corporación o en cualquier otra actividad del mismo género. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 375

INTERVENCION DE FUNCIONARIOS  
PUBLICOS EN LA POLITICA (Cuán-  
do este hecho constituye delito)

— 196 —

Es claro que el funcionario o empleado público debe evitar, en cuanto sea posible, todo comentario público sobre temas políticos o que se relacionen con ellos, precisamente para conservar su independencia e infundir confianza en los asociados sobre la imparcialidad de sus actos tanto públicos como privados. Una conducta distinta a ésta, siempre inspira a los ciudadanos el temor, la duda o la sospecha de que los actos del funcionario puedan resultar tachados —en determinado momento— de parcialidad política; por —eso se repite— que la simple exteriorización de ideas políticas o el comentario que de esos temas se haga, no constituye infracción penal.

Lo que la Constitución Nacional y la ley

prohiben, es que los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, sean miembros activos de los partidos políticos o intervengan en debates de carácter electoral o político. Los funcionarios de la rama jurisdiccional pueden asumir el carácter de miembros activos de un partido político, cuando forman parte de directorios políticos o cuando intervienen en debates de carácter electoral o político, intervención que puede desarrollarse en actos preparatorios, coetáneos o posteriores al debate; toda otra actuación que no haga relación directa a estos hechos puede ser censurable respecto del funcionario que la realiza pero no constitutiva de delito. (Casación Penal. Auto. Octubre 5 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

116, 2ª

**IRA E INTENSO DOLOR (Requisitos para que configuren la circunstancia modificadora prevista por el artículo 28 del C. P.)**

— 197 —

La circunstancia modificadora del artículo 28 del estatuto penal, para que influyera en la determinación de la pena, exige estas condiciones: que la ofensa sea grave e injusta, que produzca en quien la recibe una conmoción, un estado de ira o dolor, y que el delito se ejecute —precisamente— como resultado de la acción del lesionado y del estado anímico del delincuente. (Casación Penal. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

133, 2ª

**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY (Qué normas son irretroactivas en materia penal)**

— 198 —

Con apoyo en razones deducidas de la interpretación jurídica de la Carta y en reite-

radas decisiones, ha concluido doctrinariamente la Corte que de las normas constitucionales que en materia de irretroactividad de la ley penal consagran los artículos 26 y 28 de la Carta, en caso de turbación del orden público y de estado de sitio pueden dejar de operar y regir las que tocan con la determinación del procedimiento en los juicios y la competencia de los Tribunales. Las notorias diferencias de texto, como ya en otras ocasiones se ha advertido, no dejan duda de que en cada una de ellas se contempla una situación jurídica distinta: la del juzgamiento, comprensiva de los trámites procesales y del tribunal, a que inequívocamente se refiere el artículo 26 al decir: "Nadie puede ser juzgado..." y la de la penalidad, concerniente a la definición y castigo de los delitos, a que exclusivamente alude el artículo 28 cuando dice: "Nadie podrá ser penado..." Es de notar, además, desde el punto de vista de la discriminación que la Carta hace respecto de las garantías individuales para el tiempo de paz y el tiempo de guerra, que la última de las disposiciones precitadas estatuye expresamente que la garantía de la irretroactividad de la ley en materia de penalidad rige aún en tiempo de guerra, a la vez que el artículo 26 no impone lo mismo sino que se limita a establecer una regla ordinaria para el estado de normalidad constitucional. Estas diferencias sustanciales entre los dos aludidos preceptos de la Carta, discernibles con su simple lectura, justifican sobradamente la interpretación que de manera constante les asigna distinto grado de estabilidad a las garantías que ellas consagran, en el sentido de la posibilidad de ser afectadas legítimamente por el acrecimiento de las facultades presidenciales a consecuencia del estado de sitio, esto es, diferente funcionamiento dentro del régimen de la legalidad marcial.

Este entendimiento de la Constitución en materia de la irretroactividad de la ley penal

es, por otra parte, norma obligatoria por estar así fijado su sentido en la interpretación que con autoridad ha hecho el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, con el valor excepcional que le comunica la circunstancia de provenir del mismo legislador que redactó los textos constitucionales, a raíz de su expedición. (Sala Plena. Agosto 10 de 1948. Tomo LXV. 2066-2067) . . . . . 23, 2ª y 24, 1ª

— J —

**JURADO** (En los juicios en que éste interviene, a él corresponde la determinación de la responsabilidad del procesado)

— 199 —

En los juicios por jurados, a diferencia de lo que ocurre en los juicios de derecho, la calificación de los elementos que integran el delito en su doble aspecto se hace por medio de los jueces de conciencia o tribunal popular. Estos son los que, en definitiva, deciden si los elementos acumulados en el proceso comportan la realización de un hecho material, y si el agente que lo ejecuta es responsable ante la ley penal.

La determinación de la responsabilidad es función privativa del Jurado, y la misión del Juez de derecho es la de interpretar el veredicto o la respuesta del Jurado para encajarla dentro de las disposiciones de la ley penal que reprimen el hecho previamente reconocido por los jueces populares. Por esto se ha dicho que la base de la sentencia tiene por fundamento inmediato el veredicto, y la sentencia que rebasa los límites del veredicto, bien sea excediéndose o limitando la responsabilidad reconocida por el Jurado, estaría en franco desacuerdo con él y, por consiguiente, es casable por la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El veredicto del Jurado contiene dos ele-

mentos: El "sí", adverbio afirmativo de la realización del hecho material, y la frase o adición explicativa contenida en los términos "pero sin la intención clara de producir la muerte". Si el Jurado expresamente descarta el factor intencional mediante la duda o incertidumbre que contiene la frase adicional, si niega la posibilidad de que la muerte se produjo como consecuencia de un dolo intencional, el juzgador no podía ni puede darle otro alcance distinto de aquel que el Jurado quiso reconocer.

Y si el veredicto no contiene ninguna declaración expresa sobre la calidad de la infracción, el Juez o Tribunal no puede suplir el pensamiento del Jurado para declarar una responsabilidad que el Tribunal popular no reconoció, o deliberadamente omitió; en otras palabras, la frase explicativa del veredicto, "sí", "pero sin la intención clara de producir la muerte" no es equivalente a ésta: **Sí, pero con el propósito de causar una lesión personal.** Si esta última que en calidad de hipótesis presenta la Sala, hubiera sido la respuesta del Tribunal popular, entonces sí se habría estado en presencia de un homicidio preterintencional, y desde luego, sería inatacable el fallo; pero no pasó así, el Jurado eliminó una intención dejando sin su elemento más caracterizado al homicidio y sin haber precisado ninguno otro. Puesto que si se trata de lesiones intencionales, el propósito debe ser igualmente reconocido, y si se quiere plantear un caso de culpa, también deben figurar los atributos de esta infracción, y cuando esos requisitos se omiten, es como si el Jurado no se hubiera definido por ningún hecho delictuoso.

Es obvio que en los delitos de homicidio intencional o preterintencional deben concurrir los dos elementos básicos de la infracción, que los separan y especifican como entidades delictuosas diferentes unas de otras. Y para que los hechos que los configuran puedan ser objeto de sanción penal, es ne-

cesario que el jurado expresamente declare el dolo, propósito o intención que informa cada uno de estos ilícitos. (Casación Penal. Marzo 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

89, 2ª y 90, 1ª y 2ª

**JURISDICCION COACTIVA (El conocimiento de apelaciones y tercerías en asuntos departamentales y municipales corresponde al tribunal administrativo)**

— 200 —

A partir de la vigencia de la ley 67 de 1943 que dispuso en su artículo 4º que el conocimiento de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos departamentales o municipales corresponde al respectivo Tribunal Administrativo, en única instancia, cuando la cuantía de la acción sea menor de quinientos pesos, y en primera cuando exceda de esa cuantía, la justicia ordinaria perdió la jurisdicción y competencia para entender de esos asuntos, y, por ende, cualquier actuación posterior de la misma queda afectada de nulidad, la cual debe ser declarada o decretada por el mismo funcionario que actuó sin jurisdicción o por el superior jerárquico cuando así lo advierta o deba advertirlo. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....214, 2ª

**JURISDICCION Y COMPETENCIA—COMPETENCIA ABSOLUTA Y RELATIVA**

— 201 —

Jurisdicción y competencia no son términos sinónimos. El primero tiene un carácter general o más amplio, por cuanto que comprende la potestad que le es reconocida a los

Jueces para administrar justicia, facultad delegada por el Estado a esos funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Por eso se dice que tienen jurisdicción aquellos funcionarios o entidades a quienes la Constitución y la ley facultan para administrar justicia penal.

En cambio, la competencia limita la jurisdicción, puesto que la reglamenta en su ejercicio, condicionada a diversas circunstancias, verbigracia, la naturaleza del hecho, el territorio donde fue cometida la infracción, y ciertos privilegios que en forma de fueros, permiten atribuir dicha competencia a Tribunales especiales.

También podría sobre el tema en estudio decirse que hay una competencia absoluta y una competencia relativa. La primera, como equivalente a atribuciones, se predica con relación a la naturaleza del hecho mismo, y la segunda, como referente a la facultad de conocer de un determinado negocio, con exclusión de otros Jueces de la misma categoría jurisdiccional, se predica con relación al territorio en donde se consumó el delito.

Es claro que todos estos principios tienen sus excepciones. Por eso la competencia ordinaria podría ser modificada en atención a la unidad de la acción penal, cuando varios delitos son investigados en un mismo proceso o fallarse varios que corresponden a distintas competencias. En ambas ocurrencias, tanto el concepto de la competencia que se funda en la naturaleza del hecho ilícito, es decir, la competencia absoluta, como la que le atribuye por razón del lugar de la comisión de un delito a un determinado Juez el conocimiento de ese hecho, es decir, la competencia relativa, de una manera excepcional se cambia o modifica el concepto de la competencia.

A estos principios obedecen los artículos 50, 54, 55, 56 y 57 del C. de P. P. (Casación Penal. Auto. Noviembre 2 de 1948. T. LXV. 2068-2069).....372 y 373

## JURISDICCION Y COMPETENCIA

— 202 —

La jurisdicción en lo judicial o tomada en función de justicia y en cuestión inter no-lentes es la soberanía ejercida por el Estado por medio de los órganos respectivos, para declarar o imponer el derecho, o, como decía el artículo 75 de la Ley 72 de 1890, la facultad de administrar justicia, facultad limitada por el lugar donde se ejerce y por la competencia.

La competencia la determina un elemento subjetivo, objetivo o territorial. En este juicio se contempla el primero de esos elementos, o sea el relacionado con el empleado o corporación llamada a conocer del pleito, pues el Tribunal afirma que no, corresponde a él conocer de la controversia, luego plantea un caso de incompetencia de jurisdicción. - (Negocios Generales. Marzo 24 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....832, 2ª

— L —

## LEGITIMA DEFENSA

— 203 —

La legítima defensa, según doctrina de la Corte, está condicionada a los siguientes requisitos o elementos: una violencia o agresión o acto violento que dañe, amenace daño o ponga en peligro un derecho legalmente protegido; actualidad o inminencia del acto violento; antijuricidad o injusticia de la violencia o agresión; defensa o acto de defensa, indispensables para repeler, anular o rehuir la agresión; necesidad de la defensa o imposibilidad de hacer frente a la violencia o agresión por los medios legales, y proporcionalidad entre la violencia o agresión y la defensa, contra-ataque o reacción. (Casación Penal. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....133, 1ª

## LEGITIMA DEFENSA

— 204 —

Como lo anota la Procuraduría, la legítima defensa es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada por el que se defiende. Es el derecho de conservación de la persona y de sus bienes, puesto en acto de una manera especial y jurídica. Consiste, en esencia, en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un interés legítimamente protegido que se halla en peligro.

Pero si ese estado de necesidad y de angustia es provocado por el mismo que luego se defiende, desaparece la injusticia de la violencia actual y el sujeto que hiere o mata al agresor no puede alegar legítima defensa, a menos que haya una desproporción evidente entre la primitiva ofensa y el ataque subsiguiente de la víctima. (Casación Penal. Marzo 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071).

704, 1ª

## LEGITIMACION PARA OBRAR

— 205 —

Que es el interés la medida de las acciones, constituye uno de los aforismos tradicionales en la teoría del proceso, aun desde los puntos de vista más empíricos; ese interés sistematizado y discriminado por los expositores modernos como un fenómeno de contornos propios y de sentido inequívoco es lo que se llama hoy comúnmente legitimación para obrar.

El primero de los elementos concurrentes a la integración de esa figura es la relación o coincidencia entre el hecho y la norma jurídica de donde resulta que cuando el actor está determinando, conforme al artículo 205 del C. J., "los hechos u omisiones", apenas está planteando su posición personal para

enfrentarla a un precepto regulador de aquélla y cuya operancia se busca mediante la demanda judicial; es ésta el título de la acción llamada también **causa petendi**.

La simple relación específica entre un hecho y la ley no basta a la justicia para ponerse en movimiento; ha de ser estimulada por quien se halla concreta y exclusivamente en la situación subjetiva, salvo el caso de que el ordenamiento jurídico atribuya a otras personas, mediante el ejercicio de acciones populares, o a través de casos análogos, la posibilidad de buscar la tutela jurisdiccional de un derecho privado ya por estar especialmente protegido, como es el caso de los artículos 10 y 12 de la ley 45 de 1936, ya por estar interesado en las resultas de la acción todo un ambiente o medio jurídico de lo que es ejemplo el art. 1005 del C. C.

Aparte de circunstancias excepcionales como las que se dejan aludidas la legitimación para obrar reside en el sujeto de derecho que es titular de la relación sustancial controvertida. (Casación Civil. Abril 20 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....684, 1ª

### LESIONES PERSONALES

— 206 —

Si además de la incapacidad el lesionado sufrió perturbación funcional, aunque transitoria, ésta, por ser más grave, rige la aplicación de la pena y no la incapacidad, de conformidad con el mandato del artículo 377 del Código Penal. (Casación Penal. Octubre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067)....133, 1ª

**LEYES (Requisitos que deben cumplirse en la expedición de las que fomentan empresas útiles)**

— 207 —

La reforma constitucional de 1945 introdujo una modificación fundamental a la

Constitución vigente en ese entonces, en relación con el fomento de las empresas a que hace referencia el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, no en el sentido de quitar o restringir la facultad del legislador en la expedición de las leyes, sino en el de regularla o condicionarla a la existencia previa de una ley sobre planificación y programación que el mismo Congreso debe formular.

En otros términos, las facultades conferidas por el ordinal 20 del artículo 76 a la rama legislativa, constitucionalmente están subordinadas o condicionadas al establecimiento previo de una ley que contenga los planes y programas que sirven de base o fundamento para el desarrollo y fomento de las obras de que trata la disposición que se comenta.

De esta suerte el proyecto de ley que trate de emprender o continuar una obra de aquellas que se determinen en la ley de planificación o programación, debe llenar todos los requisitos que en ella se establecen, para no incurrir como lo anotó la Comisión Primera de la Cámara en infracción alguna de nuestra Carta, pues la ausencia de tales requisitos conlleva un vicio de inconstitucionalidad para el respectivo proyecto de ley, ya que el mandato constitucional es de imperativo cumplimiento, en cuanto dispone que el fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo debe hacerse con **estricta sujeción a los planes y programas correspondientes** (ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional).

Es evidente, como lo anota el Procurador, que las obras de fomento municipal y campañas de fomento agrícola a que hace referencia el artículo 2º del Proyecto de Ley "por la cual se eleva una partida" están incluidas dentro de la ley 71 de 1946, pero también, es cierto, que esa misma ley normativa exige el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 2º, 3º y 6º, que exigen para las empresas agrícolas, con-

cepto de las autoridades departamentales sobre la importancia de ellas, las necesidades a que atenderán, su presupuesto, y una explicación justificativa sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar su efectividad, y en cuanto a sus proyectos de auxilio para obras de fomento municipal deben estar acompañados de los correspondientes certificados expedidos por el Gobernador, y del Ministerio, o por el Jefe del departamento administrativo correspondiente.

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

Claro es que no se trata de resolver sobre la exequibilidad o inexecuibilidad del proyecto en su contenido formal, es decir, sobre vicios o irregularidades de forma cometidos en su elaboración; únicamente se trata de examinar si el legislador condicionó el proyecto de ley a los requisitos exigidos por la Constitución en relación con los auxilios que se destinan para empresas de aquellas a que hace referencia el artículo 76 en su ordinal 20, porque es precisamente la ausencia de los requisitos determinados por la Constitución la que crea los motivos de inconstitucionalidad. El proyecto será inexecutable, no por estar en desacuerdo o en pugna con el contenido de la ley 71 de 1946 que establece los planes y programas para determinadas empresas, sino por estar en pugna con el ordenamiento del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución, y como se

trata de un auxilio que concede la Nación al municipio de Buenos Aires, es lógico que dicha erogación debe hacerse con sujeción estricta a las normas establecidas por el artículo 7º, numeral 20 del Acto Legislativo número 1º de 1945.

Si la facultad del legislador en la elaboración de estos proyectos de ley no estuviera condicionada —como lo ha sostenido la Corte— a la estricta sujeción de los planes y programas correspondientes, la reforma constitucional no tendrían ningún objeto y serían inoperantes las objeciones que en adelante se hagan a los proyectos de ley que no cumplan o llenen los requisitos del ordinal 20, artículo 76 de la Constitución Nacional. (Sala Plena. Febrero 3 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ...303, 1ª y 2ª; 305, 2ª y 306, 1ª y 2ª

## L E Y E S

— 208 —

En el orden del tiempo, de acuerdo con la disposición del artículo 76, numeral 20 de la Constitución están, primero los planes y programas. Empresa encauzada dentro de determinado orden, con mira a la realización de un fin útil o benéfico, es empresa que obedece a un plan. Pero la Carta no se contenta con un plan simplemente ideal o subjetivo. Exige el programa (del griego *programma*) que etimológicamente significa declaración escrita de lo que se quiere realizar.

En eso de la adopción de planes y programas es persistente el autor de la Carta de 1945. Así lo exige no solamente en el numeral 20 acotado. Lo exige para que el Congreso pueda decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse. Esto, después de haber estatuido en el 4º de los numerales del mismo artículo 76, que en el ejercicio de su función legislativa el Con-

greso tiene la facultad de "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse".

La disposición general contenida en el numeral 4º que se acaba de transcribir podría también verse a estos términos: el Congreso puede auxiliar y proteger con fondos del Erario Público todo aquello que redunde en beneficio, utilidad o enriquecimiento del país, pero ha de hacerlo de manera ordenada y metódica (plan) y previa declaración escrita (programa) de lo que se propone realizar.

.....

Anhelante el legislador de que el precepto contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución tuviera una eficaz aplicación, procuró en la ley 71 de 1946 traducir a fórmulas concretas el espíritu que guió al Constituyente al consignar en la Carta de 1945 aquel canon innovador. Y como la jurisdicción constitucional no se ha pronunciado en contra de lo que el legislador de 1946 llamó desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, se impone la conclusión de que, hoy por hoy, cuantas veces quiera usar el Congreso de su prerrogativa de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, tendrá que consultar la norma que el mismo Congreso se trazó como un acto de acatamiento a la voluntad suprema del Constituyente. (Sala Plena. Febrero 15 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 313, 1ª y 2ª y 314, 1ª

— M —

#### MILITARES (Juzgamiento de)

— 209 —

Si el Legislador de 1948 autorizó al Gobierno para confiar a las fuerzas militares Gaceta—6

funciones de Policía, los delitos que se cometan por razón de ese servicio o por funciones inherentes al mismo, tienen que ser juzgados por las autoridades militares, porque el fuero conferido por el artículo 70 de la Constitución Nacional y por la ley 3ª de 1945, no se desvirtúa por la circunstancia de haberse atribuido a las fuerzas militares funciones policivas que antes no estaban contempladas en la ley ni en decretos que tienen el carácter de ley.

De manera que si las autoridades militares, no sólo por requerimiento expreso del Gobierno, sino por mandato expreso de la ley, mientras se organiza la Policía Nacional como institución eminentemente técnica, ajena por entero a toda actividad política, es llamada a prestar un servicio de carácter policivo, y en ejercicio de dichas funciones y por motivos inherentes a ellas, cometen alguna infracción de la ley penal, esos hechos por imperio de la Constitución y de la ley, tienen que ser juzgados por los tribunales militares por ser estas entidades, las únicas, que tienen jurisdicción y competencia para conocer y juzgar de tales infracciones. (Casación Penal. Auto. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 745, 2ª

**MOTIVOS DEL DELITO (La calidad de los que guían al procesado en la comisión de la infracción sólo influye en la individualización de la sanción, pero no desnaturaliza la infracción)**

— 210 —

Que las intenciones del procesado fueron sanas y nobles al pagar un ayudante con parte del sueldo de su empleada escribiente, a fin de mantener al día la oficina, eso no desnaturaliza el abuso. Los motivos nobles e innobles que en estos casos guían al funcionario en la violación de la ley, apenas servirán para individualizar la sanción, en

el evento de una sentencia condenatoria; y nada más. Lo hecho contra claras normas preestablecidas es de suyo antijurídico y crea una responsabilidad penal de parte del empleado o funcionario que las infringe. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....108, 1ª

— N —

#### NOMINA (Sus características jurídicas)

— 211 —

Es evidente que la nómina constituye un documento privado en cuanto por ella se establece una relación de cobro entre el empleado que trata de hacerla efectiva y el pagador que la cancela, pero esa circunstancia no le quita el carácter de documento público cuando esa relación no se vincula directamente con el empleado que devenga el sueldo y el pagador que lo hace efectivo, sino con el jefe de la oficina, que por mandato de la ley, autoriza con el visto bueno la verdad de lo afirmado en dicho documento. En este evento, como lo ha dicho la Corte, el documento deja de ser privado, para constituirse en documento público.

Puede, desde luego, discutirse la calidad del documento que constituye una nómina; pero es indudable que al poderse hacer afirmaciones en ese documento que ideológicamente indiquen que se ha faltado a la verdad, como es el caso contemplado aquí, la cuestión cambia de aspecto, toda vez que el documento, como cuenta de cobro, podría ser privado, pero adquiere inmediatamente el significado de público desde el momento mismo en que sea un funcionario público quien al confeccionarlo o elaborarlo, haga afirmaciones que por ser exigidas en la ley, cuando no se hacen o cuando se hacen falsamente, producen distintas consecuencias: en el primer caso, que el documento no tie-

ne valor para los fines para que fue creado; en el segundo, que dicho documento fue alterado con una falsedad ideológica. (Casación Penal. Auto. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....157, 1ª

#### NOMINA (Su naturaleza jurídica y requisitos esenciales)

— 212 —

La nómina es una cuenta de cobro que formulan los empleados o funcionarios oficiales contra el Tesoro Público para que se les pague la prestación de sus servicios. Pero a la vez que es un simple cobro, el documento que lo contiene debe ir rodeado de especiales requisitos por parte del Jefe de la Oficina, para que tenga validez y sea aceptado. Esos requisitos esenciales son la autorización (firma) y el visto bueno o certificación sobre el contenido de la nómina, al tenor de las reglamentaciones administrativas. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....112, 2ª

#### NULIDADES (Cuáles pueden alegarse en casación)

— 213 —

No toda irregularidad es motivo de nulidad. Por lo demás, en casación no pueden alegarse otras nulidades que las señaladas en el artículo 448 del C. J., según el numeral 6º del artículo 520 ya citado. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071). 672, 1ª

#### NULIDADES

— 214 —

El no haberse hecho mención explícita en el auto de proceder del fenómeno de la abe-

rractio ictus no constituye causal de nulidad. (Casación Penal. Octubre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....168, 2ª

**NULIDADES (Por error en la redacción del cuestionario al jurado)**

— 215 —

En los delitos de dolo indeterminado, el acto inicial de la cooperación puede ser como aquí uno solo y el cooperador necesario asume la responsabilidad de todos los actos causados por el autor material, sin que ello implique acuerdo previo de intención y voluntad para la realización de todos y cada uno de los delitos ejecutados, de manera que el cuestionario único que contempla la responsabilidad de Cortés Sánchez como cooperador necesario en los homicidios realizados por González Vargas, no tiene fuerza capaz para constituir una nulidad procedimental o constitucional, porque no se menoscabaron con ese acto las garantías defensivas de las cuales podían hacer uso el procesado o el defensor; la omisión de fórmulas en la redacción del cuestionario pudo alegarse en el acto de la audiencia para que previamente fuera subsanado, pero no como nulidad porque la ley no la ha consagrado como tal. (Casación Penal. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....75, 1ª

**NULIDADES (en el proceso penal)**

— 216 —

La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 458, 459 y 516 del C. de Procedimiento Penal no son hechos constitutivos de nulidades porque la ley en ninguna de las disposiciones del capítulo que trata de ellas, las consagra como causales de este género. Las formalidades que la ley exige para la valorización de determi-

nados actos procesales, lógicamente deben cumplirse por imperio de la misma ley, pero su omisión —ausencia de formalidades— no siempre está erigida como causal de nulidad, y cuando el legislador guarda silencio sobre determinada nulidad, el juez no puede crearla porque su misión no es la de legislador sino la de intérprete y aplicador de los preceptos legales.

Lo anterior no implica la afirmación de que en determinado momento, salvo las excepciones legales, la omisión de los traslados a las partes y a los miembros del Jurado, para que estudien el expediente, puede incidir en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ora porque el vocero y defensor del procesado no pudieron formarse un criterio exacto sobre los problemas que debían debatirse en la audiencia pública y por esto se abstuvieron de intervenir, o ya también, porque los miembros del Jurado por falta de estudio no pudieron formarse una opinión sobre lo que deben fallar, pero estos motivos deben alegarse y ponerse de presente en el acto público de la audiencia, y no con posterioridad a ella, cuando los jueces populares han formado su opinión sobre las alegaciones orales de los defensores y del Agente del Ministerio Público. (Casación Penal. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....73, 1ª

**NULIDADES**

— 217 —

No se puede alegar en casación como causal de nulidad el hecho de no haberse notificado en debida forma el auto de proceder a la parte civil, sino por la misma parte, ni tampoco constituye causal de nulidad el que al procesado que está gozando de libertad no se le haya notificado personalmente el auto que abre el juicio a pruebas, si, por otra parte, la notificación en debida forma

fue hecha a su defensor, o si no habiendo sido hecha a ninguno de los dos, el defensor pidió, sin embargo, la práctica de las que consideró convenientes, pues, en este último caso, su intervención al pedir las subsana la irregularidad en caso de haber existido, de acuerdo con el ordinal 4º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Enero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 403, 2ª

## NULIDADES

— 218 —

Los artículos 149 y 475 del Código de Procedimiento Penal, en su contenido esencial, son idénticos; ambos indican las normas que deben cumplirse dentro de la actuación procesal; en su primera parte, dicen que de toda diligencia que se practique se extenderá la correspondiente acta, la cual será firmada por el juez o funcionario que la practique, su secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella; y en su segunda parte, establece un precepto obligatorio en el cumplimiento de esas diligencias, o sea, que antes de firmarse el acta debe ser leída a las personas que deben suscribirla, para que si alguna de ellas tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, por inexactitud o deficiencia, se haga constar en el acta respectiva. Pero no todas las omisiones o irregularidades que puedan presentarse en la redacción del acta son constitutivas de nulidades, sino únicamente aquellos vicios que por afectar de manera sustancial el contenido de la misma fueron expresamente reconocidos por el legislador como motivos de nulidad.

En efecto: ni en las disposiciones citadas, ni en el capítulo que trata de las nulidades que se originan en los procesos penales, se ha consagrado como causal de nulidad la omisión proveniente de no haber autorizado

— el Oficial Mayor del Juzgado — con su firma el acta de audiencia, cuando por cualquier circunstancia este funcionario o empleado público intervino en la respectiva diligencia en vez del respectivo Secretario. Este hecho, si bien puede constituir una irregularidad, no es de tanta monta que tenga la virtud suficiente para originar una nulidad.

Los deberes y obligaciones de los secretarios como de los oficiales mayores de los juzgados, por expresa determinación de la ley, se rigen por las disposiciones del Título III del Código de Organización Judicial (Ley 105 de 1931) y entre las atribuciones concedidas a los segundos está la de reemplazar a los secretarios en sus faltas accidentales o temporales, así como en las absolutas, mientras se hace el nombramiento y se posesiona el individuo a quien se nombra. Dichos Oficiales — cuando el juez o funcionario lo crea conveniente — pueden reemplazar también al Secretario en las audiencias o en las diligencias, que se practiquen fuera de la Secretaría o en esta misma, cuando el Secretario no concurra a las referidas diligencias, de modo de mantener siempre abierto el despacho al público. De manera que por este aspecto, la intervención del Oficial Mayor en la diligencia de audiencia es legal, y el acta, aunque no contenga su firma, sino la del Secretario, no está viciada de nulidad.

Si la ley dijera que “en todos los actos del proceso penal, el funcionario o juez debe estar asistido por su Secretario o por un Secretario ad-hoc, so pena de nulidad”, entonces sí sería pertinente alegar como causal de nulidad el hecho de no estar firmada la diligencia de audiencia por el Oficial Mayor del Juzgado; pero si bien es verdad que la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal propuso esta innovación, también es cierto que, el problema relativo a deberes y obligaciones de los Secretarios se acordó se rigiera por el capítulo pertinente

del libro de Organización Judicial, y ésta es la razón para que se suprimiera ese artículo. (Casación Penal. Junio 25 de 1948. T. LXV. 2068-2069).....357, 2ª y 358, 1ª

**NULIDADES (Interpretación de las normas que las señalan)**

— 219 —

La interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida; pero en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa, puede apelarse a una interpretación que consulte los intereses de la justicia, argumentando a *fortiori* o con mayor razón. (Casación Penal. Febrero 11 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....439, 2ª

**NULIDADES**

— 220 —

Es bien sabido que las nulidades son de interpretación restrictiva, o lo que es lo mismo, ellas están taxativamente señaladas por el legislador, sin que sea dada al Juez la facultad de aplicarlas por extensión o analogía. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....415, 2ª

**NULIDADES**

— 221 —

Según el artículo 200 del C. de P. P., en cualquier estado del proceso en que el Juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, deberá decretar la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenar al mismo tiempo que se reponga el proceso para que se subsane el defecto. Pero esta disposición es necesario entenderla en el sentido de que

guarde armonía con las disposiciones generales que gobiernan la nulidad, pues si el mismo legislador creó dos especies de éstas, dividiéndolas en absolutas y relativas, es porque en las primeras no admite forma alguna de subsanar la nulidad, ya que el vicio producido por ella deja inexistente toda actuación judicial, mientras que en las segundas, la relatividad misma consiste en que la ley señala un término dentro del cual las partes pueden solicitar la declaratoria de nulidad, pasado el cual si aquéllas no la alegan, su silencio se interpreta como una manifestación clara de que sus intereses no han sido vulnerados, que es al fin y al cabo la razón filosófico-jurídica que justifica la teoría de las nulidades en el proceso penal.

Concatenando y armonizando los artículos 200 y 201 de la obra en cita, resulta lo siguiente: que el primero de los artículos nombrados, relacionado también con el artículo 457, es menester entender que hace referencia a las nulidades absolutas toda vez que las relativas tienen su tiempo preciso de alegación por las partes o declaratoria por el Juzgado, y sólo dentro de tales términos es permitido hacer uso de esta facultad, pasado el cual se interpreta como aceptación implícita de una actuación que no vulnera derecho alguno de la defensa del reo. (Casación Penal. Marzo 29 de 1949. T. LXV. 2070-2071)..... 766, 1ª

**NULIDADES**

— 222 —

La inobservancia del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, no está erigida —como lo afirma el recurrente— en causal de nulidad; tanto es así que si, como sucedió en este proceso, el Juez no puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial para que durante el término (cinco días) allí fijado, pudieran ellas pedir se am-

pliara, explicara o aclarara, les quedaba el derecho, éste sí importante, de objetar tal dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley, entre ellos el que el recurrente anota, el de error grave.

La ley (artículos 266 y 267) da a las partes dos oportunidades para objetar el dictamen pericial: una, para pedir explicación, aclaración y ampliación solamente, dentro de los cinco días siguientes al en que el Juez las puso en conocimiento del dictamen, y la otra en cualquier tiempo antes de entrar el proceso al despacho para sentencia, para objetarlo a fondo (por error grave, fuerza, cohecho, dolo o seducción). (Casación Penal. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

183, 2<sup>a</sup>

**NULIDAD** (No puede demandarse por la vía ordinaria la de la sentencia sin demandar la del juicio)

— 223 —

Respecto de la distinción hecha por el Tribunal entre nulidad de la actuación y nulidad de la sentencia, la Corte comparte generalmente lo dicho por el señor Procurador Delegado en lo Civil, de que dicha distinción no encuentra por una parte fundamento alguno en la ley, y, por otra parte, de aceptarse, se pecaría contra la lógica jurídica.

.....  
Del texto de los artículos 456 y 457 del C. J. no puede deducirse, en sentir de la Corte, cosa distinta de la que el segundo de dichos artículos es, por decirlo así, complemento del primero. Este, en efecto, sería inoperante para remediar el vicio ocasionado por la indebida representación en el debate; por la falta completa de notificación o emplazamiento, o por su notificación o emplazamiento hechos en forma ilegal, toda vez que si esa persona estuvo ausente del debate, o no pudo participar en él, en debida forma,

tampoco pudo ejercer dentro de la oportunidad señalada por el artículo 456, esto es, antes de que se pronuncie sentencia, su derecho de defensa consistente en pedir la anulación de la actuación, con el fin de que lo decidido en ésta no la perjudique sin antes habérsele dado oportunidad de hacer valer sus derechos, de salvaguardar sus intereses. Pero del texto del artículo 457 no se concluye en modo alguno que lo que puede pedirse por la vía ordinaria, una vez que ha pasado la oportunidad señalada en el artículo 456, por quien no fue legalmente notificado o emplazado, o no estuvo debidamente representado en el juicio, es tan sólo la declaratoria de nulidad, como piezas aisladas, de la sentencia o sentencias proferidas en el proceso, y no la del mismo. El propio tenor literal del precepto lleva precisamente a esta última conclusión, porque expresa textualmente el legislador: "puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste", refiriéndose al juicio del cual habla poco antes, mientras en parte alguna menciona la sentencia.

Menos todavía puede servir para sustentar la tesis contraria el texto del artículo 478 también invocado por el Tribunal, cuyo tenor es el siguiente: "El fallo dictado en favor o en contra de una persona aprovecha o perjudica a sus acreedores personales; pero éstos gozan de un plazo de cuatro años para pedir en juicio ordinario, que dicho fallo se revise, si alegan que hubo colusión en el pleito", porque es bien claro que una cosa es la nulidad de un acto y otra muy distinta es el recurso de revisión, y son también distintos los motivos que la ley procesal señala como causales de nulidad de la actuación, y aquéllos por los cuales puede pedirse y obtenerse la revisión de una sentencia ejecutoriada. Además, el texto transcrito es suficientemente claro en el sentido de que esa solicitud de revisión sólo puede ser hecha por los acreedores personales de quien ha

sido parte en el juicio en el cual se profirió la sentencia cuya revisión se pide, de donde se concluye que nunca puede ser pedida por la misma persona que fue parte en el juicio, y también lo es en el de que esa misma solicitud sólo puede hacerse por haber habido colusión en el pleito, caso éste muy distinto del de la indebida representación de uno de los interesados en el juicio.

No es cierto que sean diferentes las causales que originan la nulidad de la actuación de las que originan la nulidad de las sentencias. El artículo 457 del C. J. no consagra propiamente causal alguna de nulidad, pues el hecho o hechos allí previstos como condición *sine qua non* para que se demande por la vía ordinaria, después de concluido un juicio, la declaratoria de nulidad del mismo, no constituyen propiamente nuevas causales de nulidad, sino que vienen a confundirse con la de ilegitimidad de personería y con la de falta de citación o emplazamiento en la forma legal, de que trata o que enuncia el artículo 448 del C. J. en sus numerales 2º y 3º.

No es posible, además, demandar en juicio ordinario posterior tan sólo la nulidad de la sentencia o sentencias, sin demandar también la de la actuación que precedió a su pronunciamiento. (Negocios Generales. Febrero 10 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

531 y 532

**NULIDAD DEL JUICIO (Para demandarse en proceso separado se requiere probar la terminación de aquél)**

— 224 —

Si la nulidad que puede declararse en proceso separado es la del juicio, conforme al artículo 457 del C. J., no puede pretender el actor que su acción prospere sin la prueba completa de que el juicio ha terminado.

(Negocios Generales. Febrero 19 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....541, 2ª

— 0 —

**OBJECIONES PRESIDENCIALES (No es necesario que el Presidente exprese las razones por las cuales considera inconstitucional el proyecto objetado)**

— 225 —

Para que la Corte pueda conocer de las objeciones formuladas por motivos de inconstitucionalidad por el Presidente de la República a un proyecto de ley, no es necesario que por este funcionario se expresen las razones por las cuales considere violados determinados textos constitucionales, como si ocurre, por el contrario, con las demandas de inexecuibilidad que los particulares presentan ante la Corte, porque, al tiempo que en este último caso ello está preceptuado por el artículo 2 de la Ley 96 de 1936, no existe en cambio ley alguna que regule el ejercicio del derecho político de veto que al Presidente de la República confiere el artículo 118, numeral 7º, de la Constitución, ni que le imponga, en consecuencia y en caso de que ello fuera dable, la obligación de expresar las razones por las cuales considere violados determinados textos constitucionales. (Sala Plena. Mayo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 595, 1ª

**OBRAS PUBLICAS (Requisitos para que el Congreso pueda decretar nuevas)**

— 226 —

Es evidentemente cierto que entre las facultades o atribuciones del Congreso, el ordinal 4º del artículo 76 de la Constitución enumera la de "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse" y que en ar-

monía con ese precepto el numeral 19 del mismo artículo le otorga también la función de “decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas”; de donde se deduce rectamente, y así lo ha comprendido la Corte en forma que es ya unánime, que la facultad que corresponde al Congreso de decretar nuevas obras públicas nacionales está condicionada por el Constituyente mismo con la necesidad de la adopción de un plan y un programa previamente fijados en las leyes, por lo cual, sin que éstas se profieran, el Congreso no puede ejercer, constitucionalmente aquella facultad. (Sala Plena. Mayo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 596, 2ª

**OBRAS PUBLICAS (Requisitos a que deben someterse las leyes que las decretan)**

— 227 —

La Constitución Nacional, al determinar en su artículo 76 las atribuciones del Congreso, ya en relación con las obras públicas que atañen directamente a la Nación, ya en lo tocante a empresas útiles o benéficas, dispuso en cuanto a las primeras que incumbe al Congreso decretar las que han de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas acordados; y en cuanto a las segundas, las que no son de la directa ejecución del Estado por ser del resorte de otras entidades públicas o privadas, lo autorizó, cuando se trate de empresas dignas de estímulo y apoyo, para fomentarlas, pero en uno y otro caso, con sujeción a los planes y proyectos que fijen las leyes respectivas.

Se ve, pues, que el Constituyente ha querido el estudio y determinación previos de los planes y programas de las obras públicas, ya sea que éstas hayan de emprenderse o continuarse por ser de cargo de la Nación, o ya sea que, aun no correspondiéndole se

juzgue conveniente su fomento por ser dignas de estímulo y apoyo.

En relación a estas últimas, es decir, las útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, el legislador por medio de la ley 71 de 1946, por la cual se desarrolla el artículo 76 de la Constitución Nacional, determinó y enumeró cuáles eran los requisitos que debían cumplirse para que los auxilios pudieran decretarse y así, cuando se trate de la construcción o ensanche de una obra, el proyecto que busque el apoyo de la Nación debe ir acompañado de determinados documentos, planes, presupuestos, etc. Cuando se refiera al sostenimiento de algunas obras, se estableció cierta pauta para lograr el auxilio; lo mismo acontece cuando se intente la creación o sostenimiento de un servicio público, etc. De modo general se establecieron otros requisitos como el de la supervigilancia del Estado, la sanción cuando se violen las obligaciones que la dicha ley impone, etc.

Pero, en tratándose de las obras públicas de la Nación, las que por ésta se hayan de emprender o continuar, la ley no ha fijado aún los planes y programas a que deban someterse.

Ya esta Corte al estudiar los alcances de la reforma constitucional de mil novecientos cuarenta y cinco en cuanto se refiere a este problema, consideró que el artículo 76 de la Carta, al enumerar las atribuciones del Congreso, impuso en el numeral 19 una perentoria obligación para que pudiera ejercitar la facultad de decretar la iniciación o continuación de obras públicas, o sea la de sujetarse al hacerlo, a los planes y programas que previamente han de fijarse en las leyes respectivas, estableciendo así, orden y método en su desarrollo y ejecución.

Entendió la Corte, que en virtud de tales mandatos el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus acti-

vidades y señala sus poderes, sus facultades de decretar la iniciación o continuación de obras públicas, o sea la de sujetarse al hacerlo, a los planes y programas que previamente han de fijarse en las leyes respectivas, estableciendo así, orden y método en su desarrollo y ejecución.

Entendió la Corte, que en virtud de tales mandatos el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, sus facultades de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de decretar con criterio técnico y de prelación, por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. (Sala Pléna. Febrero 16 de 1948. T. LXV. 2068-2069)

316, 2ª y 317, 1ª

— P —

### PARTICION

— 228 —

Para efectuar la partición de bienes del difunto, es indispensable establecer de un modo preciso y determinado, cuál es el patrimonio que ha dejado. Si sus bienes no están confundidos con bienes pertenecientes a otras personas, no habrá dificultad alguna, pues su caudal hereditario, hechas las deducciones correspondientes, será la materia de la partición. Pero el patrimonio del difunto puede estar confundido con bienes pertenecientes a otras personas, por razón de bienes propios o gananciales con su cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas u otro motivo cualquiera. En tal caso, como lo ordena el artículo 1398 del Código Civil, se procederá, en primer lugar, a la separación de esos patrimonios, di-

vidiendo las especies comunes, según las mismas reglas que se dan para la partición de la herencia. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . 676, 2ª y 677, 1ª

### PARTICION DE BIENES SUCESORALES (Registro de)

— 229 —

Para que la partición de bienes sucesorales y la sentencia que la aprueba surtan sus efectos de servir de título traslativo de dominio del **decujus** a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y puedan ser estimados como plena prueba en juicio, es imprescindible que tanto la una como la otra sean registradas, como lo mandan los artículos 2652, numeral 6º, 2654 y 2662 del Código Civil, y que la inscripción se haga en el Libro de Registro de Causas Mortuorias, conforme lo dispone el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener origen dichos actos en juicios de sucesión.

Esta inscripción, que puede llevarse a cabo en cualquier tiempo como lo permite el artículo 3º de la ley 39 de 1890, se verifica preferencialmente en vista del mismo expediente; pero si los lugares correspondientes están distantes o se presentan dificultades de cualquier género, puede hacerse mediante la presentación de las respectivas hijuelas expedidas por el Notario en cuya oficina se hizo la protocolización del proceso, según lo prescribe textualmente el inciso 3º del artículo 967 del C. J. (Casación Civil. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . 339, 2ª

### PATERNIDAD NATURAL (A qué se reduce el juicio estimativo de la confesión extrajudicial de paternidad)

— 230 —

Como la confesión escrita que exige la ley como fundamento para la declaración judi-

cial de paternidad natural tiene que ser inequívoca, el juicio estimativo de esta prueba se reduce en verdad al establecimiento de su autenticidad, es decir, la certeza de su autor, su verdadera procedencia del padre confesante. Si la prueba es plena a este respecto, la declaración de paternidad procede, puesto que en punto a confesión no puede haber duda. Si la emanación paternal no se acredita completamente, la declaración judicial no tiene base. (Casación Civil. Marzo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 610, 1ª

**PECULADO CULPOSO** (Para que se considere comprobada la responsabilidad del funcionario, es necesario que se demuestre que debido a la negligencia o descuido de él, un tercero pudo llevar a cabo la sustracción de bienes puestos bajo la custodia de aquél)

— 231 —

Mientras que la actividad delictuosa de quien lleva a cabo la sustracción o apropiación indebida de los bienes objeto material de la infracción, apenas lo colocaría como responsable de un delito contra la propiedad, en alguna de sus especies, según la forma o modalidad que señala la misma comisión del hecho, para el funcionario a cuyo cargo está la custodia de esos bienes o efectos, y por cuyo descuido o negligencia sean apropiados o usados indebidamente por la persona que de ellos dispuso, el delito ya toma otro carácter y se convierte para aquél en el delito de peculado culposo, porque es este carácter de funcionario o empleado público el que le da la fisonomía a un acto que de no ser realizado o cumplido, por una persona con dicha calidad, tendría otra denominación jurídica, que podría ser abuso de confianza.

Por eso es exigencia indispensable para que una infracción de esta índole se cumpla, que haya una persona extraña al mismo

funcionario imprevisor, que consume dolosamente el hecho que haya de constituir a aquel funcionario en infractor de la ley por concepto de peculado culposo, ya que sin la negligencia o descuido, en una palabra, la imprevisión del funcionario o empleado custodio, no habría podido cumplirse la actividad criminosa que constituye a ambas personas en infractores de la ley con modalidades diferentes y con calificación jurídica distinta.

De aquí dimana que tenga que existir, en casos como éstos, un vínculo de causalidad que una a las dos personas por cuya actividad se produce el extravío o pérdida de los efectos o caudales puestos bajo la custodia del funcionario negligente. Dicho vínculo debe surgir de que precisamente la culpa del funcionario es la de que dé ocasión a que el delito se cumpla, puesto que sin el descuido, la negligencia o la imprevisión del funcionario, no habría podido realizarse el acto en virtud del cual se cometiera la defraudación.

El hecho punible dimana aquí de un tercero, quien al consumarlo no pudo hacerlo sino en virtud de las circunstancias en que fue colocado, por obra de la misma culpa de quien, en virtud de sus funciones, no podía descuidar, en manera alguna, la custodia de los bienes y efectos puestos bajo su cuidado. Este vínculo entre los dos, que forma la cooperación delictuosa, con la modalidad de la culpa, es el que constituye la esencia misma de esta infracción y la que le da su más acentuada fisonomía. (Casación Penal. Auto. Octubre 21 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

165, 1ª y 2ª

P E N A S

— 232 —

Por regla general las penas de presidio y prisión llevan anexa la de interdicción de derechos y funciones públicas. Por excep-

ón, cuando se pena con arresto, el Código penal, en la parte especial, autoriza imponer aquella pena accesoria, por cierto que en proporción inferior al mínimo que señala el artículo 45, siendo ésta una de las ocasiones en que se nota desarmonía entre la norma citada y la parte especial del estatuto. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ..... 388

#### PERITAZGO (Interpretación del artículo 723 del C. J.)

— 233 —

El artículo 723 del C. J. da margen para dos interpretaciones diferentes que pueden enunciarse así:

1° La ley ha otorgado al juzgador la facultad necesaria para apreciar y valorar las conclusiones periciales cuando se funde en inferencias, indicios o presunciones y en tal caso el papel del fallador se limita a aceptarlas cuando las encuentra debidamente fundadas o a rechazarlas en el evento contrario; y

2° El papel del juez es mucho más alto y activo, pudiendo llegar a ejercitar la facultad de desestimar el peritazgo y sustituir sus conclusiones pero fundándolas a su vez en otras probanzas del proceso. (Negocios Generales. Auto. Marzo 17 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ..... 491, 2ª

#### PERITAZGO

— 234 —

La simple lectura de la norma del artículo 308 del C. de P. P. revela, sin ambigüedad alguna, que en la serie de reconocimientos ordenados, el valor de cada uno se va haciendo más firme a medida que las consecuencias de la lesión superan el proceso de reintegración física hasta adquirir un ca-

rácter más o menos definitivo, y que bien puede ser el de la incapacidad, el de la enfermedad o el de la perturbación funcional o psíquica, transitoria o permanente; esto implica una deducción: la de que el último reconocimiento, esto es, el que determina el daño y la duración de modo definitivo, es el que el juzgador toma (o debe tomar) como base de calificación del delito y base de sanción, con mayor razón si contra el dictamen fundado en ese último reconocimiento no se dirigió objeción alguna en el sumario ni en el juicio. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 182, 1ª

#### PERITAZGO

— 235 —

El dictamen pericial, por el carácter de juicio lógico y técnico que tiene, implica en quienes lo dan tres actividades sucesivas: el planteamiento o proposición de la cuestión sobre que ha de versar, las operaciones de investigación y de análisis necesarias al examen de la cuestión, y, finalmente, las conclusiones que deriven de aquellas operaciones con los fundamentos que las sustentan.

Las leyes procesales acusan estrictamente las prescripciones reguladoras de la pericia a aquella sencilla noción.

Así el artículo 716 de la ley procesal civil ordena que "los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luégo extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, **con precisión, exactitud y claridad** (subraya la Corte), **los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen**". Y la ley garantiza tan seriamente estas condiciones, que si los peritos no las cumplen, da a las partes, el derecho a que el dictamen se ex-

plique, se amplíe o lo aclaren, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición.

El valor del dictamen lo subordina la ley a tales condiciones, y les da el de plena prueba —cuando se trata de avalúos— si es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, de modo que si el Juez o Tribunal dan tal valor a un dictamen que carece de esas condiciones, se le ha dado el que no tiene e incurrido en violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial. (Casación Penal. Abril 19 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . . . . 772, 2ª y 773, 1ª

PERITAZGO (Apreciación de)

— 236 —

El Tribunal no pasó por alto el dictamen de la segunda instancia, el que analizó. Lo que ocurre al respecto es que no se ajustó a la opinión de los peritos según la cual sí hubo depreciación de las fincas. La fundamentación de un dictamen se aprecia por el sentenciador con la amplitud que le conceden las pertinentes disposiciones legales, entre las cuales resulta la prevalencia de su propio criterio que quedaría suplantado por el de los peritos si las opiniones de éstos le fueran obligatorias. (Casación Civil. Febrero 14 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . 331, 1ª

PERITAZGO (No puede anularse por carecer de fundamentación)

— 237 —

El simple hecho de considerarse carente del debido fundamento un dictamen pericial no es motivo suficiente para que éste sea declarado nulo, pues tal cosa sólo puede hacerse por resultad comprobada alguna de las siguientes tachas, propuestas en oportunidad por las partes: la de error grave; la de

fuerza y la de dolo, cohecho o seducción (Negocios Generales. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 508,

PERITAZGO (Interpretación del artículo 721 del C. J.)

— 238 —

Lejos de envolver contradicción el hecho de declarar primero infundadas las objeciones propuestas a los dictámenes periciales o, lo que es igual, declarar la validez y legalidad de los mismos, y ordenar luégo la práctica de nuevo peritazgo en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 721 del C. J., aquello, es decir, la validez de los tres dictámenes, es precisamente el presupuesto necesario para que se ejercite dicha facultad.

Así se desprende sin dificultad del mencionado texto legal, que, en todas sus partes, se está refiriendo a dictámenes válidos, o dictámenes contra los cuales no ha sido propuesta objeción alguna, o que, propuesta ésta, no ha prosperado.

Si así no fuese, ¿cómo explicar entonces el otro extremo de la facultad conferida al juzgador, consistente en poder por sí mismo hacer “la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso?” (subraya la Corte). (Negocios Generales. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . . . . 508, 2ª

PERITOS (Su designación en el proceso penal)

— 239 —

El sistema de designación del perito se vincula a la esencia y objeto de la función, la cual se concreta —por lo general— a emitir juicios o deducciones de contenido técnico sobre hechos o estados que se relacio-

n con el objeto del proceso; siendo, pues, carácter técnico la función, quien la ejerce debe poseer los conocimientos técnicos dispensables que la garanticen, y ello ya constituye una condición: la especialización; así, en caso de prueba de delitos que afectan la vida o la integridad física, se presume que tienen los médicos graduados, llamados peritos médicos, presunción más fuerte aún si son especializados en cualquiera de las disciplinas auxiliares del Derecho Procesal Penal, entre ellas la Medicina Legal, y que bien pueden pertenecer o no a organismos oficiales al servicio de la justicia penal.

Esta clasificación de perito particular y perito oficial, lleva a establecer los dos procedimientos consagrados en las leyes procesales. (Casación Penal. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067), .....182, 1ª

**PERITOS (No se presume que sean incapaces para actuar como tales, en tratándose de cuestiones técnicas de ingeniería, quienes no son profesionales matriculados)**

— 240 —

Dispone el artículo 3º de la Ley 94 de 1937 que: "Los cargos de agrimensor o de perito, cuando los dictámenes que hayan de rendirse versen sobre cuestiones exclusivamente técnicas de ingeniería, o alguna de sus especialidades se encomendarán, **preferencialmente**, a profesionales matriculados".

En estas circunstancias de la ley, que sólo dispone que para las cuestiones técnicas de ingeniería se deben nombrar **de preferencia** profesionales matriculados, el hecho de que los señores nombrados para desempeñar el cargo no figuren matriculados como ingenieros, topógrafos, arquitectos o maestros de obra, como lo certifica el Consejo Profesional de Ingeniería, no es prueba suficiente de falta de idoneidad técnica de los peritos para el desempeño del cargo. En ninguna parte ha dicho la ley que se presuma la incapaci-

dad de los peritos que no sean profesionales matriculados, cuando se trata de cuestiones técnicas de ingeniería. (Negocios Generales. Auto. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....824, 1ª

**PERITO (No está impedido para actuar como tal en un proceso quien recibe de una de las partes pensión de jubilación)**

— 241 —

La Corte ya ha revaluado el antiguo concepto de que la pensión de jubilación constituye una **gracia**, asignándole en cambio la categoría de perfecto derecho adquirido, de manera que, por tanto, el jubilado o pensionado posee plena autonomía jurídica respecto de la persona o entidad que deba pagarle la pensión, y, en consecuencia, no está impedido para intervenir como perito designado por aquélla en un juicio en que la misma sea parte, pues resultan inadmisibles para el caso la norma que sobre el particular tiene establecida el artículo 670 del C. J., y también la causal prevista en el numeral 2º del artículo 669 ibídem, por cuanto en ningún caso puede considerarse al pensionado como empleado de la persona o entidad que le paga la pensión, y, por el contrario, la plena autonomía jurídica y moral de que goza respecto de ésta resulta incompatible con la noción de **dependencia** que el Código Judicial ha previsto para inhabilitar como peritos a las personas que con tal carácter son designadas en juicio por la parte que las tiene a su servicio a título de empleados subalternos. (Negocios Generales. Auto. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071) . . 821, 2ª

**PERJUICIOS**

— 242 —

Si ocurre de ordinario que la pena experimentada por un individuo tiende a disminuir con el transcurso del tiempo, no siem-

pre este hecho se produce, porque pueden intervenir factores de otro linaje que modifiquen la constancia de la ley natural enunciada, y porque ésta —la ley natural— no implica una reducción invariable entre la disminución de la pena y el restablecimiento de la capacidad en el individuo, que es un fenómeno de distinto género y obedece por consiguiente, a causas diversas. El sufrimiento podía disminuir y hasta desaparecer y sin embargo mantenerse el anterior estado de merma de la capacidad. (Negocios Generales. Marzo 17 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ... 489, 2ª

**PERJUICIOS (Qué se requiere para que prospere acción por culpa extracontractual)**

— 243 —

Para que prospere la acción tendiente a obtener la reparación de perjuicios ocasionados por culpa extracontractual es necesario que en el proceso se hallen establecidos tres elementos indispensables: una culpa del demandado, un daño sufrido por el demandante y una relación de causalidad entre la culpa y el daño, de manera que se deduzca lógica e indiscutiblemente que el daño tuvo como causa el hecho culposo del demandado. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2070-2071) .....811, 1ª

**PERJUICIOS**

— 244 —

No basta demandar la indemnización, es necesario acreditar el daño, como lo tiene repetidamente explicado la jurisprudencia. La ley consagra el derecho a la indemnización de los perjuicios como accesorio de cualquiera de las dos acciones alternativas que establece el artículo 1546 del C. C., como

consecuencia de la condición resolutoria e vuelta en los contratos bilaterales, pero es no es suficiente por sí solo para justificar una condena judicial, que requiere un contenido de realidad en cada caso. (Casación Civil. Marzo 21 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 628,

**PERJUICIOS (Causados por acto administrativo)**

— 245 —

Para la revisión de actos administrativos a fin de que se declare su nulidad como lesivos de derechos privados y para que se indemnice al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado existe acción contencioso-administrativa consagrada en los artículos 62 y 66 a 68 y siguientes del Código Contencioso-Administrativo. (Negocios Generales. Auto. Febrero 21 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....547, 1ª

**PERJUICIO FUTURO**

— 246 —

La Corte acoge los siguientes conceptos de Planiol y Ripert en su Tratado de Derecho Civil:

“Si el perjuicio futuro ha de ser por la repetición o la continuación de un perjuicio actual, esa circunstancia, que hace posible su valuación, permite el pronunciamiento inmediato de una sentencia condenatoria, evitando al interesado el tener que volver periódicamente ante los Tribunales a reclamar daños y perjuicios en razón de los perjuicios sufridos nuevamente”. (Tomo VI. página 774). (Negocios Generales. Auto. Diciembre 16 de 1948. T. LXV. 2068-2069).

503, 1ª

## PERJUICIO MORAL SUBJETIVO

— 247 —

De la facultad consagrada por el artículo 95 del C. P. puede hacer uso, en su caso, tantó un Juez de primera instancia como un Tribunal en primera o segunda, porque éste es también juez de la causa. (Casación Civil. Marzo 30 de 1949. T. LXV. 2070-2071).  
642, 2ª

**PERTURBACION FUNCIONAL (Es jurídicamente inaceptable que cuando la perturbación sólo abarca un órgano o miembro, se equipara a la incapacidad)**

— 248 —

La tesis de que, cuando la perturbación funcional sólo abarca una parte de órgano o miembro, no todo, sólo hay incapacidad, de conformidad con la ley (artículo 374), no es jurídicamente exacta; proviene ella del concepto equivocado, de que sólo hay perturbación funcional cuando afecta la totalidad de un órgano o miembro, según su clasificación genérica (miembro superior, miembro inferior, órgano de la respiración, de la locomoción, de la nutrición), y no cuando afecta un sector o parte de órganos o miembros (aprehensión, masticación, deglución, manos, brazos, etc.), llegando así a la conclusión de que la disminución de la función acusada por una lesión (cuando no pueda equipararse a incapacidad o enfermedad), no es penalmente sancionable como perturbación, lo que es igualmente equivocado.

La ley penal, por eso, frente a la hipótesis de la mayor o menor extensión o gravedad de las perturbaciones funcionales, estableció una escala de penalidad, dentro de la cual el juzgador pueda actuar, de modo que si abarcaren, en su totalidad, un órgano o miembro, se acercará al máximo de la pena,

y al mínimo si una parte o sector de ese órgano o miembro.

Es inaceptable, por lo tanto, la tesis de que la perturbación funcional se equipara a la incapacidad cuando no afecta la totalidad de un órgano o miembro. (Casación Penal. Enero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069).  
407, 1ª y 2ª

**PETICION DE MODO INDEBIDO (Alcance que puede darse a la excepción que suele denominarse así)**

— 249 —

El sistema decisorio consistente en declarar probada la excepción de "petición de modo indebido" empleado por los Tribunales con frecuencia progresiva, impone la delimitación precisa de esos conceptos utilizados arbitraria e inconducentemente en la mayoría de los casos.

En nuestra estructura legal del proceso no es conocida la expresión con que se denomina tal medio exceptivo el cual, por otra parte y dada la amplitud de sus términos, da campo a toda suerte de ambigüedades y de consiguientes inexactitudes.

En el Código Judicial subrogado con la ley 105 de 1931 consistía en utilizar vías procesales inadecuadas para el trámite del pleito, o sea precisamente una de las formas de la hoy llamada inepta demanda según las voces del artículo 333 del estatuto vigente. Nada impediría en la práctica continuar aplicando la antigua nomenclatura mientras ello se haga con relación a fenómeno idéntico al contenido en la desusada locución, pero resulta inaceptable prolongar su empleo con destino indiferente respecto de toda suerte de insucesos de la demanda; ellos se deben siempre, siguiendo el entendimiento literal de las palabras, a peticiones indebidas porque no reclama debidamente quien carece de derecho, o de personería, o de

pruebas del título que alega, o quien demanda a persona diversa del obligado, o quien pretermite la gradación de la competencia jurisdiccional; pero todas estas anómalas actitudes, que dentro de un sentido natural y obvio de los vocablos caben dentro de la "petición de modo indebido", no son susceptibles de esa calificación procesal, en primer lugar porque ella está circunscrita a un determinado vicio de las ritualidades del litigio, y, en segundo término, porque separándolo de su acepción cabal y estricta se llega a revestir de la calidad temporal de las excepciones dilatorias del fondo a multitud de sucesos que aparejan pura y simplemente la absolución del reo, o que generan nulidades, o que por cualquier medio reclaman un tratamiento diferente del reservado a los medios exceptivos.

Este último aspecto es singularmente grave porque en ocasiones interfiere la normal formación de la cosa juzgada, dilatando ilegalmente la solución de las controversias civiles, multiplicando caprichosamente el número de ellas, privando a las partes de alcanzar posición firme emanada de un fallo a que tenían derecho, y quebrantando claramente el precepto que, para evitar los males apuntados, contiene el artículo 481 del C. C. (Casación Civil. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 616, 1ª

### PETROLEOS

— 250 —

El inconforme con una propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos que no se oponga ante el Ministerio del ramo y pierda así la oportunidad de que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conozca del respectivo juicio sumario, puede dentro de los dos años siguientes, contados, como lo indica el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, intentar demanda ordinaria contra

la Nación, juicio del cual corresponde conocer al Tribunal Superior en primera instancia. (Negocios Generales. Marzo 24 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 832, 2ª

### PETROLEOS

— 251 —

En materia de oposiciones a la contratación nacional de petróleos, uno de los principales deberes del opositor es demostrar que el terreno cuyo subsuelo pretende, constituye un bien concretamente individualizado o determinado, no sólo porque aspira a que se excluya de las concesiones que otorga el Estado, sino también porque resultaría imposible definir derechos sobre una cosa imprecisa y falta de objetividad. Por eso, si tal determinación no se establece en forma satisfactoria, como en el presente caso, la oposición carece de objeto y no puede prosperar. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2068-2069) .476, 1ª

### PETROLEOS

— 252 —

De conformidad con el artículo 26 de la ley 37 de 1931, subrogado por el 5º de la ley 160 de 1936, el opositor a una propuesta sobre explotación de petróleo de propiedad nacional que haya sido vencido en el juicio breve y sumario que se adelanta ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, conforme a lo preceptuado en las mismas normas, puede intentar, lo mismo que puede hacerlo la Nación cuando la vencida fuese ésta, la acción ordinaria dentro del término de dos años contados desde la fecha del fallo proferido dentro del dicho juicio breve y sumario, acción que, a falta de norma especial, se rige por las generales sobre competencia del Código de Procedimiento Civil, es decir, se

ejercerá en primera instancia ante el respectivo Tribunal Superior, que por tanto es competente para decidir en el fondo en dicho caso. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 267, 1ª

#### **POLICIA NACIONAL (Cambio de radicación de procesos contra sus miembros)**

— 253 —

No puede entenderse que el cambio de radicación de procesos adelantados contra miembros de la policía, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, pueda hacerse sin causa alguna distinta de la de su investidura oficial, pues una medida como esa, de carácter extraordinario, ha de tener razones legales que la justifiquen. Piensa la Sala que, la ley 5ª de 1943 consagró una especie de presunción, como es la de que si los hechos han sido realizados en virtud del cargo de guardianes del orden público, es muy fácil que sobre ellos recaiga la animadversión de las personas sobre las cuales han ejercitado su fuerza coactiva, o de sus allegados, o de los sujetos del mismo ambiente, lo que obliga a no emplear un criterio tan riguroso o restringido, con posible mengua de sus intereses de defensa. Pero, de todas maneras, es preciso demostrar que el cambio es conveniente para la recta administración de justicia. (Casación Penal. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 728, 2ª

#### **POSICIONES**

— 254 —

Comete delito de falso testimonio, conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del C. P., el que, al rendir unas posiciones extrajudicio, falta a la verdad. (Casación Penal. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069).

388

#### **PRESANIDAD (Prueba de la presanidad respecto de lesiones internas)**

— 255 —

La Corte no está de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado de que la prueba testimonial es inconducente para acreditar la presanidad de una persona respecto de lesiones internas, pues si los testigos no pueden técnicamente conceptuar sobre la absoluta presanidad interna, sí pueden, según las apariencias visibles, dar testimonio de los hechos sujetos a la apreciación de los sentidos, o sea, afirmar que una persona, antes de un accidente, por sus manifestaciones exteriores, no estaba en condiciones de gravedad o de lesión que la imposibilitara para toda actividad.

Si el demandado estima que las lesiones provienen de causas anteriores, ha debido exhibir pruebas al respecto. (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2070-2071) ..... 816, 1ª

#### **PRESCRIPCION (Las de corto tiempo corren contra toda clase de personas)**

— 256 —

Las prescripciones de corto tiempo corren contra toda clase de personas, de conformidad con el artículo 2545 del Código Civil. Es la inercia del acreedor en las condiciones establecidas en la ley, lo que produce la extinción del crédito, de donde se infiere que es el legislador quien determina todo lo relativo a las causales de suspensión en la prescripción, ora se trate de las de largo o breve tiempo. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .... 240, 2ª

#### **PRESCRIPCION (Sus diferencias con la caducidad)**

— 257 —

(Véase "Caducidad y Prescripción", en este INDICE).

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

— 258 —

Como lo ha dicho repetidamente la Corte, no es lo mismo prescripción que caducidad, ya que en relación con la última es suficiente para interrumpir el plazo fijado en relación con ella y para que no se produzca, la sola presentación de la demanda, y por cuanto los artículos 5º y 7º de la Ley 160 prevén casos de caducidad y no de prescripción. Por lo demás los sesenta días hábiles a que se refiere el inciso 2º del precitado artículo 5º se cuentan a partir de cumplido todo el trámite de publicación y anuncio de una propuesta como lo prevé el inciso 1º de allí. (Negocios Generales. Marzo 25 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....837, 1ª

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL  
(Debe declararse por medio de la providencia regulada por el artículo 153, C. de P. P.)

— 259 —

Que la cesación del procedimiento por prescripción es uno de los casos contemplados en el precepto del artículo 153 del C. de P. P., salta a la vista, si se considera que la prescripción extingue la acción penal (artículo 104, C. P.) y que ello impide proseguirla, que es una de las hipótesis en que debe aplicarse el precepto que se estudia. (Casación Penal. Auto. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....431, 2ª

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA (Sus facultades, y las del Gobierno, en general, durante la turbación del orden público)

— 260 —

En ausencia de un derecho legislado que determine y precise la esfera de sus facultades,

la ininterrumpida jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia afirma que durante el estado de sitio conserva el Presidente la plenitud de sus atributos constitucionales y legales y que éstos últimos siguen rigiendo mientras no sean suspendidos por los decretos de carácter extraordinario cuando resulten incompatibles con la situación creada por la perturbación del orden público y que, por otra parte, en tiempo de guerra la propia Constitución permite al Gobierno imponer contribuciones, realizar expropiaciones de bienes muebles sin previa autorización, por autoridades distintas a las judiciales, ocupar la propiedad inmueble, restringir la libertad de prensa, prohibir la circulación de impresos por los correos, autorizar el ejercicio simultáneo de la autoridad política y civil, la judicial o militar, establecer restricciones a la libertad de reunión y adoptar otras medidas de la misma índole, todo con la suprema finalidad de restablecer el imperio de sus mandatos; ya que sería inaceptable desde todo punto de vista la tesis de que la organización fundamental de la República pudiera ser modificada o desconocida por decretos de carácter extraordinario o por la aplicación del Derecho de Gentes. (Sala Plena. Julio 9 de 1948. Tomo LXV. 2066-2067) .....12, 2ª

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA (Cuáles son sus facultades legislativas durante el tiempo de turbación del orden público)

— 261 —

Facultades legales en general, son las que emanan de las leyes, entre ellas la Constitución, que es ley fundamental, y las otras que desarrollan sus preceptos. Tiene el Presidente, según esto (cuando está turbado el orden público) las facultades que de modo directo le confiere el Estatuto, y en primer término la de dictar Decretos Legislativos

con fuerza obligatoria (artículo 113, numeral 8), como la tendrían las leyes que en situación igual a la contemplada por el Gobierno dictase el Congreso, lo que es tanto como decir que para la emergencia de la turbación del orden pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anormalidad. Pero no es esto solo, sino que puede aún el Gobierno, por medio de tales decretos extraordinarios, hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues éste no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto, en tanto que el Presidente en tiempos de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos sus Ministros, limitar aquellos derechos y garantías. Esto, desde luego, sin contradecir las normas que la Constitución de modo expreso ha declarado aplicables siempre, verbigracia, la del artículo 25, conforme al cual no puede el legislador imponer la pena capital en ningún caso. (Sala Plena. Agosto 10 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

22, 2ª

**PRESUNCION DE CULPABILIDAD (A favor de qué personas no opera esta presunción)**

— 262 —

La Sala de Negocios Generales, en sentencia de 8 de noviembre de 1944, dijo textualmente que “la presunción de culpabilidad es inadmisibles en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo

tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho”.

En la misma oportunidad dijo, además, la Corte: “No, presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir, que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **actori incumbit probatio**”. (Negocios Generales. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) . . 513, 1ª y 2ª

**PRESUPUESTO (Manera como debe confeccionarse.—Características jurídicas de la ley de presupuesto.—Ley orgánica del presupuesto)**

— 263 —

El artículo 210 de la Constitución, principalmente, consagra los siguientes principios: a) Es al Congreso a quien corresponde establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; b) La expedición del presupuesto se hará en cada legislatura **estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva**; y, c) En el presupuesto no se puede apropiar partida alguna que no haya sido propuesta a la respectiva Comisión permanente, y que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido. Sobre decir, por tanto, que la contravención a cualquiera de estas tres condiciones fundamentales, constituye una infracción a la Carta, pues, de lo contrario, si no lo fuera, no hubiera sido necesario realizar el esfuerzo de elevar a la categoría de normas cons-

titucionales éstas de que se viene hablando, precisamente "para imponer el orden en la hacienda pública, al elaborar el Presupuesto, al gastar los fondos y al controlarlos".

.....

No es la ley de presupuesto sino en su puro sentido formal una de aquéllas que tenga carácter de acto legislativo con todos los atributos propios de él, pues ella solamente se expide para un período fiscal —un año— agotado el cual, la dicha ley deja de sobrevivir. Además, no tiene ella la permanencia que en el tiempo requiere toda ley. He ahí la razón en virtud de la cual, de conformidad con el régimen constitucional vigente, a partir de la reforma de 1945, la ley anual no puede expedirse sino con sujeción a ciertos rigurosos y estrictos preceptos señalados en la Carta o regulados en virtud de una ley especial —la orgánica del presupuesto— a la cual defiere la Constitución.

.....

No puede afirmarse perentoriamente que existan leyes de mayor o mejor categoría unas en relación con otras, pero es lo cierto que ésta orgánica del presupuesto ocupa una posición muy distinta por querer del Constituyente, puesto que él mismo, de modo expreso ordenó al Legislador sujetarse a ella de una manera tan ostensible que no hay lugar a vacilación alguna sobre el particular. No obstante ser, por lo menos en la forma, tanto la ley orgánica del presupuesto como las que anualmente se expiden en función de ella, leyes de igual categoría, resulta que las segundas obedecen ineludiblemente a un orden de precedencia en el cual la ley 64 de 1931, por su prelación temporal, somete a las posteriores a determinados requisitos de forma y de fondo, con tal fuerza subordinante que las segundas no pueden operar independientemente de la primera que las rige y las hace acomodar a sus preceptos.

(Sala Plena. Septiembre 30 de 1947. T. LXV. 2070-2071) ..... 570, 2ª; 571, 2 y 572, 1ª

NOTA — Seis Magistrados salvaron su voto a esta sentencia.

El Relator de la Corte

## PRESUPUESTOS LEGALES PARA EL ADELANTAMIENTO DE UNA INVESTIGACION CRIMINAL

— 264 —

Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entraña directa o indirectamente una violación de la ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal.

Así, pues, la investigación para descubrir la verdad material, la responsabilidad de sus autores o partícipes, la personalidad de los mismos, los motivos determinantes del delito y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, se vincula directamente al hecho que implica una violación de la ley penal, y al conocimiento que de él se tenga por parte de los funcionarios encargados de administrar justicia.

Cuando la investigación debe iniciarse a virtud de un denuncia, éste debe hacerse en la forma determinada por el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, para que el funcionario ante quien se formula pueda analizar los hechos y apreciar si ellos son o no constitutivos de delitos para adelantar la correspondiente acción penal. En estos casos, la causa o motivo de la investigación la constituye el denuncia, ya que en ausencia de éste, el funcionario no podría adelantar ninguna acción penal por no estar frente al caso contemplado en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, si al momento de prestar el juramento, el denunciante niega los hechos o no se ratifica en ellos por considerar que los fines perseguidos eran los de evitar posibles perjuicios, y si por otra parte, esos hechos en concepto del funcionario que recibe él denuncia no son constitutivos de delito, no hay obligación ni precepto legal que obligue al funcionario a adelantar una investigación penal, en contra de la persona sindicada. (Casación Penal. Auto. Diciembre 3 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ... 390, 2ª y 391, 1ª y 2ª

**PRETIUM DOLORIS (No puede ser objeto de peritazgo)**

— 265 —

En forma reiterada ha sostenido la Corte que la prueba pericial es un medio probatorio inaceptable para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección o perjuicio moral subjetivo, llamado también *pretium doloris*. (Casación Civil. Marzo 30 de 1949. T. LXV. 2070-2071) 642, 2ª

**PREVARICATO (Facultades del Juez en los juicios de deslinde y amojonamiento)**

— 266 —

En los juicios de deslinde y amojonamiento el Juez tiene potestad plena dentro de la diligencia para fijar las líneas divisorias de los predios *sub judice* y para tomar, en consecuencia, todas las medidas que tiendan a hacer efectiva la colocación de los mojones, sin necesidad de dictar autos previos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 869 del Código Judicial, en estos juicios el Juez falla dentro de una diligencia, señalando los linderos y haciendo poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para mar-

car ostensiblemente la línea divisoria., Hecho lo cual el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada.

Y el artículo 871 del mismo estatuto procedimental dispone que si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, no se formula oposición, el Juez, a solicitud de parte, dicta el fallo que declara en firme el deslinde.

De lo anterior se desprende que es inoperante el cargo de prevaricato que el denunciante hace consistir en el hecho de que el Juez, sin haber dictado ninguna providencia en el juicio, oficiara a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla —demandadas— para que se les permitiera a los peritos entrar a un predio de propiedad del señor Candil Atienza, a fin de que tales peritos fijaran los mojones. Pues, ya se vio, que tal exigencia no requería auto previo, toda vez que en diligencia de 17 de abril de 1941, se autorizó a los peritos para que procedieran a la fijación de mojones en los lugares que han de ser deslindados. (Casación Penal. Auto. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 736, 2ª

**PROVIDENCIAS JUDICIALES (Deben expresarse claramente en ellas los motivos de la decisión)**

— 267 —

Las providencias judiciales no deben ser objeto de interpretación por parte de quienes se hallen encargados de cumplirlas; sino preciso es que en ellas se exprese la voluntad del juzgador, y los motivos que él tuvo, para adoptar determinada decisión. Esto es, por lo demás, lo que quiere significar el precepto constitucional cuando ordena que toda sentencia debe ser motivada. (Negocios Generales. Octubre 22 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 279, 2ª

## PROVIDENCIAS JUDICIALES

— 268 —

Las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellas se sustenten o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan sólo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutive, es decir, esas doctrinas y consideraciones deben ser tan sólo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....225, 1ª

## PROVOCACION

— 269 —

Como ya lo explicó la Corte en sentencia de casación de 28 de enero de 1949, si el jurado apenas reconoció la provocación, con exclusión de sus caracteres de injusticia y gravedad y sin referencia a los estados emocionales que aquélla, por ser grave e injusta, hubiera causado en Escobar, no podía el Tribunal sustituir el jurado en la función privativa de calificar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, construyendo la excusa sobre el único de sus elementos admitido. (Casación Penal. Febrero 8 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....436, 2ª

PROVOCACION (Cuándo constituye la circunstancia del artículo 28 del C. P.)

— 270 —

La provocación —según la ley y la doctrina— tiene dos grados: o es simultánea y conjuntamente injusta y grave, de tales y tan extremas y agudas injusticia y gravedad, que el estado emocional o pasional que

cree y encienda, estructura la circunstancia del artículo 28, o es (la provocación) injusta, sin tener aquella gravedad, capaz de crear los mismos estados, pero constituye la del artículo 38; si el jurado, por lo tanto, omitió toda referencia a la gravedad e injusticia de la provocación, la atribución del Juez estaba subordinada a esa limitación, sin que le fuera dado —so pena de incurrir en la causal tercera de casación— subsanar tal omisión. (Casación Penal. Enero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....411, 2ª

## P R U E B A S

— 271 —

Tanto los autos que decretan pruebas, como los que las niegan son interlocutorios. (Negocios Generales. Auto. Febrero 7 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....187, 1ª

## PRUEBAS (Cómo deben pedirse)

— 272 —

Lo que se pretende en el presente caso es que se ordene recibir una declaración sin que se sepa de antemano quién es el testigo que debe rendirla. Se ha creído, al parecer, que esto no tenía importancia.

No se ha tenido en cuenta que las pruebas deben pedirse en forma concreta y precisa, pues si así no fuera, sería imposible para los jueces calificarlas, y en ocasiones hasta practicarlas. Si son inadmisibles las pruebas inconducentes y las legalmente ineficaces, en los términos del artículo 596 del C. J., de ahí se deduce que las pruebas que se soliciten no deben ser vagas ni imprecisas.

En este sentido, si al pedirse la declaración de un testigo debe incluirse el interrogatorio al cual deba responder, según se desprende del artículo 690 del C. J., con más veras debe indicarse quién es la persona que

debe declarar. (Negocios Generales. Auto. Febrero 22 de 1949.º T. LXV. 2068-2069).

543, 2º

— R —

### R A P T O

— 273 —

El delito de rapto se configura por el empleo de violencia física o moral o maniobras engañosas de cualquier género, para sustraer, arrebatarse o retener a una mujer, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella. El elemento material de este delito radica en la sustracción, arrebato o retención de la mujer, y el elemento intencional lo determina el simple propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con ella; no es necesario, pues, la consumación de una de las finalidades perseguidas por el agente para que el hecho exista como infracción de la ley penal. De manera que cualquier otro delito que se cometa contra la libertad y el honor sexuales de la mujer raptada constituye una nueva violación de la ley penal, independiente del delito de rapto. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2068-2069) ..... 379, 1º

### RECONOCIMIENTO (Valor probatorio del hecho en escrito privado del presunto padre. Requisitos de este escrito).

— 274 —

El reconocimiento puede hacerse voluntaria y espontáneamente por el padre en escritura pública, en testamento, en el acta de nacimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, esto es, en este último caso, por confesión judicial. La pa-

ternidad y consiguientemente la filiación en cualquiera de estos casos de reconocimiento consta de pleno derecho, es prueba plena preconstituída del estado civil. En cambio, cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada para el Juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si da o no base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad ya en cuanto debe ser una confesión escrita, emanada del pretenso padre y precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria. El caso del numeral 3º en estudio constituye una aplicación de los medios de prueba en esta clase de acciones sobre estado civil con la admisión de la prueba literal privada, impropia en el régimen anterior a la ley 45, de tal manera que para el análisis y justiprecio de su mérito es preciso dar aplicación a las normas y principios de derecho probatorio en materia de confesión extrajudicial y documentos privados. Si fuera exigible, para la eficacia y conducencia de la confesión escrita de paternidad, como lo pretende el recurrente, la nota o diligencia de presentación personal por el padre ante el Juez, o se requiriera que el escrito contentivo de la confesión inequívoca de paternidad fuera legalmente registrado o reconocido por el confesante, dejaría de estarse en la situación del numeral 3º del artículo 4º citado para estar frente a una confesión judicial desplazando de esta manera la cuestión de la paternidad natural de su declaración por el Juez hacia el reconocimiento espontáneo, y formal por el padre, que haría inútil la intervención judicial cuando la ley ha descrito y reglamentado esas dos situaciones como inconfundibles desde el punto de vista de la prueba del estado civil. (Ca-

sación Civil. Marzo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....609, 2ª

**RECONCIMIEN TO DE HIJO NATURAL**  
(Impugnación del)

— 275 —

Como acto jurídico, libre y voluntario, constitutivo esencialmente de una confesión, el reconocimiento puede ser invalidado en sentencia proferida en juicio entre las partes, demostrando el reconocedor error de hecho inculpable o justificable o que no estaba en completo uso de sus sentidos al hacerlo, o que fue hecho por violencia o dolo. (Casación Civil. Marzo 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....612, 1ª

**RECONOCIMIENTOS MEDICO-LEGALES**

— 276 —

Como lo ha afirmado la Corte, "el reconocimiento principal y más valioso no es el que se da a raíz de producida la lesión, cuando en realidad la fijación del tiempo que haya de tener la incapacidad constituye una simple probabilidad, sino el que, cuando por consecuencia de la sanificación (o resultado) y habiendo seguido el curso de la enfermedad, se emite como definitivo sobre apreciaciones precisas y directas". (Casación Penal. Noviembre 23 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....183, 1ª

**RECONOCIMIENTOS MEDICO-LEGALES**

— 277 —

Las leyes determinan el objeto de los reconocimientos (artículo 308), sus condiciones de forma (308 y 311), su valor probatorio (268) y los sistemas de aclaración e impugnación (266 y 267); si no se cumplieron algunas condiciones, como la periodici-

dad, o hubo alguna contradicción relativa a si fue el lado izquierdo o el derecho el de la región afectada, son ellas irregularidades que no influyen en la apreciación de los dictámenes, si éstos precisan claramente la naturaleza, extensión y gravedad de las lesiones y sus consecuencias (permanentes o transitorias), y si no fueron tales dictámenes objetados oportunamente, o si lo fueron, las objeciones se declararon infundadas. (Casación Penal. Enero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .....407, 1ª

**RECONSTRUCCION DE PROCESOS CIVILES**

— 278 —

El decreto número 1683 de 1948, dictado con ocasión del incendio que destruyó, casi en su totalidad, los procesos civiles que cursaban en el Tribunal Superior y en los Juzgados del Circuito de Bogotá, proveyó, por medio de normas extraordinarias y excepcionales a la reconstrucción de "los expedientes que estaban en curso a fin de facilitar la continuación de los juicios". Esta legislación de emergencia, como es natural y obvio, no tiene el poder de remediar completamente el estrago judicial que causó aquella calamidad pública. Sus efectos restauradores, como se desprende del contexto de sus disposiciones, no operan sino dentro del sector ordinario del procedimiento, sobre el desarrollo jurisdiccional de los grados, para que sobre los hechos en que las partes estuvieren de acuerdo o se probaren fehacientemente en las diligencias reconstructivas, declarados ciertos en auto del Juez o Magistrado que hubiere conocido últimamente del negocio, pudiera continuarse el procedimiento por las normas comunes a fin de que pudiera sentenciarse definitivamente en cualquier instancia. Pero casos como éste —en que el juicio estaba terminado

con el sentenciamiento de segundo grado y pendiente sólo la concesión del recurso extraordinario de casación— no cabe, por la propia naturaleza de las cosas, dentro de las posibilidades de reconstrucción, en la forma y con el alcance que se le ha dado. El mecanismo legal de la casación colombiana requiere la integridad procesal para la calificación jurídica de la legalidad del fallo acusado, que no puede hacerse a la vista de la sola sentencia, como en otras legislaciones. (Casación Civil. Auto. Abril 26 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....692, 2ª

**RECUSACIONES (Si la recusación es rechazada, el funcionario no pierde la jurisdicción)**

— 279 —

Cierto es que el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso por disposición del artículo 7º del de Procedimiento Penal, establece que la jurisdicción se pierde en uno o más negocios determinados, cuando el Juez ha sido separado del conocimiento por impedimento o recusación, y que el 147 de la misma obra estatuye que la jurisdicción se suspende por recusación, “desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comuniquen, también oficialmente, que ha sido negada la recusación”. Este último precepto resuelve el problema, porque la recusación no fue admitida. En consecuencia y, como arguye la Procuraduría, si la recusación no estaba vigente, por haber sido mal presentada y se ordenó devolver el escrito respectivo, los funcionarios conservaron la jurisdicción y podían seguir conociendo del proceso. (Casación Penal. Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....775, 2ª

## REGISTRO

— 280 —

El registro produce los efectos de cancelación indicados en el artículo 789; pero, como es obvio, desde que se realiza, trátase de una compraventa o cualquiera otro contrato, o de una sentencia, como, por ejemplo, la de vacancia. Es verdad que según el artículo 476 del C. J. las sentencias dadas en juicio seguido por acción popular producen efecto contra terceros; pero no es menos cierto que a este fin es indispensable el registro. (Casación Civil. Abril 27 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....695, 2ª

## REGISTRO

— 281 —

El registro de los documentos para los cuales la ley lo exige; siempre ha de ser anterior al momento en que vayan a aducirse base de tales o cuales pretensiones han de base de tales o cuales pretensiones ha de presentarse ya inscrito. (Casación Civil. Abril 28 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

699, 1ª

**REIVINDICACION (Objeto de los artículos 214 y 215 del C. J.)**

— 282 —

Como lo ha dicho la Corte, los artículos 214 y 215 del C. J. persiguen la finalidad de que “antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nun-

ca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor 'queda exento de la demanda'; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor". (G. J. T. 45, pág. 646, sentencia de 20 de octubre de 1947).

La circunstancia de que en este pleito los demandados hubieran dejado transcurrir el término de traslado sin contestar la demanda, no sitúa el caso fuera del alcance del artículo 214 citado, ya que —a juicio de la Corte— ese precepto es aplicable no sólo en el evento de que el demandado, a quien se le asigna la condición de poseedor, conteste la demanda sin desconocer expresamente el hecho que se le imputa, sino también en el caso de que no la conteste, pues la ley le impone a aquél el cumplimiento de un deber de lealtad para con su contraparte, cual es el de expresar que no tiene la cosa en su poder, cuando esto ocurra, y le brinda una oportunidad para cumplirlo, que es durante el término de contestación de la demanda; cuando el demandado omite el cumplimiento de ese deber legal, es decir, cuando afronta la litis sin contradecir oportunamente la calidad que le asigna el libelo de poseedor de la cosa reivindicada, ese extremo o requisito de la acción queda por ministerio de la ley fuera del debate, y el demandado se hace consecuencialmente responsable de la cosa o de su precio, en el caso de que el actor llegare a probar la propiedad. (Casación Civil. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....340, 2ª y 341, 1ª

**REIVINDICACION** (No anula el proceso e hecho de que el demandado no sea el poseedor)

— 283 —

Demostrado que el demandado es el poseedor, la acción tiene que hallarse bien dirigida contra él, ante el artículo 952 del C. C., sin que obste el haberse dirigido también contra otra persona que no posee. Esto significa, no la nulidad del proceso, sino simplemente la absolución del demandado que no es poseedor. (Casación Civil. Abril 4 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....659, 2ª

#### REIVINDICACION

— 284 —

A la identidad de un inmueble no se oponen las variaciones de nombres en los dueños de los predios colindantes, ni los cambios de nomenclatura de vías, máxime en barrios que con el desarrollo de la ciudad pasan de apartados a centrales. (Casación Civil. Abril 27 de 1949. T. LXV. 2070-2071). 695, 1ª

**RELACIONES SEXUALES ESTABLES**  
(Cuándo es necesario que hayan sido notorias, para que con base en este hecho se declare la paternidad)

— 285 —

Es cierto que la ley exige que las relaciones sexuales hayan existido de manera notoria, pero analizando lógicamente este requisito por su finalidad y razón, hay que concluir que sólo es procedente cuando se prueban las relaciones contra la negativa del padre presunto, porque admitiéndose entonces la prueba testifical como medio de constatar su veracidad se explica y justifi-

ca la exigencia de la notoriedad como circunstancia del testimonio para garantizar su pureza. Si las relaciones sexuales no se cumplieron dentro de la notoriedad en el sentido aceptado por la jurisprudencia de que fueran comúnmente conocidas en el lugar de residencia de los amantes, es claro que la prueba de testigos quedaría lógicamente desvirtuada. Resultaría absurdo exigir publicidad o notoriedad como complemento de la confesión del amante, como si la fuente de la presunción de paternidad no fuera la existencia de las relaciones sexuales con la estabilidad o continuidad ya conocidas. (Causación Civil. Abril 6 de 1949. T. LXV. 2070, 2071) .....664, 2ª

**RELEGACION A COLONIAS (Cuándo hay lugar a imponer esta pena.—Cómputo de la tercera reincidencia)**

— 286 —

Si el nuevo estatuto, que es, como lo dijo uno de sus autores, aproximadamente positivista, prescindiera del concepto del delincuente para efectos de determinar la sanción en cada caso, la índole de la reforma habría quedado trunca, porque el arbitrio otorgado entre los máximos y los mínimos que señala el estatuto habrían propiciado lo que Ferri llamó, para combatirlo, la "dosimetría penal". Si en algo el Código estuvo influido de manera acorde con las doctrinas que constituyen su contextura ideológica, es precisamente en la forma como permite una discriminación de las diversas categorías de delincuentes, indicando un tratamiento diferente para las distintas clases de éstos, de manera que corresponda casi perfectamente a la clasificación de Ferri, en natos, locos, habituales, pasionales y ocasionales.

Dentro de la estructura del Código puede observarse fácilmente que a estas dos últimas clases el Código las trata en conside-

ración más que todo a la peligrosidad muy atenuada que manifiestan los que delinquen movidos por sentimientos pasionales o por esa claudicación del ánimo y de la personalidad, que se manifiesta en los ocasionales, que, de no haberla sufrido, nunca habrían sido delincuentes.

Pero, en cambio, el tratamiento que da a los locos se diferencia del que otorga a los incorregibles y entre éstos especialmente a los habituales. Para tal género de delincuentes prescribe esta norma del artículo 34, en donde el concepto de la personalidad juega un papel preponderante, sin que sea esta última consideración la que sirve para individualizar la pena, pues también el Código da una serie de normas, cuya aplicación es ineludible para que pueda condenarse a la pena de relegación a una colonia agrícola. La naturaleza y modalidad de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, siempre que demostrare una tendencia persistente al delito, son factores que el fallador debe tener muy en cuenta para aplicar la pena accesoria de relegación, pues esas modalidades o circunstancias son las que caracterizan precisamente a los delincuentes denominados habituales, para los cuales dicha sanción es adecuada, a fin de sustraerlos a las influencias perniciosas del ambiente en que han aflorado sus instintos criminales, colocándolos en contacto con un medio diferente, para que otros estímulos logren readaptarlos y convertirlos en ciudadanos útiles.

De manera, pues, que no es la simple reincidencia, únicamente, la que podría motivar la condenación a la pena de relegación a colonias. Este concepto y el de la habitualidad en el delincuente, surgido de todos aquellos elementos, que de conformidad con el inciso 2º del artículo 34, sirven al fallador para adquirir ese concepto del delincuente, hacen

necesaria la aplicabilidad de la ya dicha pena accesoria.

De consiguiente, la primera reincidencia apenas da ocasión a que sea agravada la pena dentro de los límites señalados en el Código. La segunda reincidencia, ya autoriza al Juez, no simplemente a agravar la pena, también dentro de los límites del artículo 34, sino a aplicar la relegación como un admirable instrumento de represión penal contra aquellos que por su persistencia en el delito se constituyen elementos de acusada peligrosidad social.

Por esto no puede verse el problema desde el punto de vista puramente aritmético o de simple lógica, como el abogado recurrente lo sustenta. Hay que mirar a la índole de los principios que gobiernan la legislación vigente, en orden a la individualización de la pena al delincuente, teniendo presente primero a éste como sujeto de la sanción penal, que al delito mismo.

La pena de relegación está fundada en datos que suministra la criminalología, y son conceptos que provienen de la antropología o de la sociología criminal los que con mayor eficacia sirven de orientación en este campo de la defensa social contra el delito, fundada en principios positivistas.

Esto de un lado; de otro, es necesario no perder de vista al interpretar el artículo 34 que al ser proferida una sentencia para una tercera infracción de las que dan lugar a reincidencias, según los principios que gobiernan el Código para que esta figura ocurra, el cómputo de la reincidencia criminal precisaría hacerlo a fin de poder señalar la pena correspondiente al reo. Consumada una tercera infracción dentro del término de diez años contados desde la segunda condena que el Código consagra, se comprende que existe ya una segunda reincidencia, y entonces es en el mismo fallo que se computa ésta, en donde deberá imponerse la pena de relegación siempre que se reúnan las de-

más exigencias del Código. Ello porque al consumarse el último hecho delictuoso es cuando el delincuente manifiesta su tendencia persistente a transgredir el orden social, y por lo mismo se hace acreedor a una represión más rigurosa dentro del concepto de peligrosidad.

Por lo demás, el primer inciso del artículo 34 enseña que es reincidente el reo que después de una sentencia condenatoria, comete un nuevo delito. De manera que para que aquella figura se manifieste, es preciso que se cumpla esta condición, o sea, un nuevo delito, sin el cual no podría tenerse a un sujeto como reincidente. Ahora bien, una sentencia condenatoria no se considera firme sino cuando ha sido notificada y contra ella no puede interponerse recurso alguno. Cumplidos estos requisitos de procedimiento, es cuando puede decirse que una sentencia condenatoria está ejecutoriada.

Con fundamento en esto, habrá una primera reincidencia para los efectos del artículo 34, cuando dictada la sentencia condenatoria ésta queda en firme y luego se comete un delito. La segunda reincidencia tendrá que correr una suerte idéntica. Por consiguiente una segunda sentencia condenatoria ejecutoriada tendrá que ser la base para la imposición de la relegación autorizada por el inciso segundo del artículo 34. Ello porque la segunda reincidencia, para los efectos del cómputo, tiene que fundarse en dos sentencias anteriores, como se desprende del mismo concepto de la reincidencia y del criterio que el Código exige para estructurar esta figura.

El mismo significado de la reincidencia implica el reconocimiento de una responsabilidad penal hecho en una sentencia sobre la cual no puede haber recurso alguno. En verdad el nuevo Código no define en qué consiste cada una de las reincidencias, pero no sería impropio servirse para tener un concepto aproximado de esto, de un criterio

más o menos igual al que propiciaba el artículo 141 del Código de 1890, según el cual el número de sentencias ejecutoriadas que se hayan dictado contra el reo en los diez años anteriores a la ejecución de un delito, culpa o tentativa determinados, implica el número de las reincidencias, de suerte que será primera, segunda, tercera reincidencia; según se haya dictado contra él una, dos, tres, etc., sentencias ejecutoriadas, en los diez años anteriores a la ejecución del nuevo delito, culpa o tentativa.

Nada impide que la doctrina de este artículo sirva para interpretar el estatuto vigente en el sentido de que se adopte un criterio semejante, que por cierto no resulta extraño al texto del artículo 34, porque éste hace también expresa referencia a una sentencia condenatoria, como base de la primera reincidencia. Por ello no se ve obstáculo para que de conformidad con ese concepto pueda el intérprete señalar cada una de las reincidencias, partiendo de que todas ellas, para tener tal carácter, deben fundarse en una sentencia condenatoria que, por serlo, debe tener el sello de la ejecutoria. (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....471 y 472

**REMATE (Qué personas deben intervenir en las contiendas sobre nulidad de un remate.—No sólo las que intervinieron en el juicio en que aquél tuvo lugar y el rematador pueden discutir su validez, sino también todas las personas a las cuales perjudique)**

— 287 —

Las nulidades referentes a los remates se contienen entre las partes, todas las cuales han de intervenir en la controversia que se suscite. Si ocurre dentro del respectivo juicio, la presencia de todas ellas se cae de suyo, sin embargo de lo cual el artículo 455 del Código Judicial requiere la notificación

personal del auto en que el juez, en su caso, manda poner en conocimiento de ellas la causal de nulidad que anota. El artículo 456 ibídem, habla en plural: "Las partes". Cuando ello ocurre en juicio distinto, sucede otro tanto en el sentido de que éstas deben intervenir, con la agregación, muy justificada por cierto, del rematador, al tratarse de un caso como el del proceso. La ley exige para la discusión de la nulidad la concurrencia de las partes y del rematador en casos como el de autos; pero esto no puede significar que les niegue el derecho de discutir el remate a personas distintas, las que lo tienen en cuanto el remate las perjudique. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

**RENTAS (Naturaleza jurídica de la participación que en las rentas de petróleos tienen los Departamentos y Municipios en cuyo territorio se explotan)**

— 288 —

La Nación, los Departamentos y los Municipios —en cuyo territorio se explota petróleo— son copartícipes en la renta de petróleos, correspondiendo a los Departamentos el 50% y el 5% para los segundos. El proyecto en estudio, por medio de su artículo 1°, no dispone cosa distinta de aumentar la participación que el Municipio de Plato tiene en las regalías petrolíferas nacionales, del 5% al 25%, durante cinco años, con la condición de que el producto de la participación se destine a la ejecución de unas obras.

Si el 5% de participación que tienen los Municipios en las regalías petrolíferas no puede considerarse como un auxilio común, en el sentido estricto del vocablo, no se ve la razón para que el aumento de esa participación sí tenga ese carácter, siendo así que lo segundo es, en su esencia, una prolongación de lo primero. (Sala Plena. Abril 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....590, 1ª

**REPRESENTACION** (Qué constituye la indebida representación que puede dar lugar a que se demande por la vía ordinaria la nulidad de un juicio)

— 289 —

En sentir de la Corte, el concepto de indebida representación, para los efectos del artículo 457 del Código Judicial, no tiene el alcance ilimitado que le han dado el recurrente y el propio Tribunal de Pamplona. Lo que ha querido la ley es que la parte que fue extraña al juicio no sufra sus consecuencias. Con esta sana orientación, que se compagina sin dificultad con la fuerza e importancia de la cosa juzgada, es claro que la indebida representación que puede invocarse en juicio separado, o proponerse como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, se relaciona generalmente con los actos de comparecimiento en juicio, que son los que originan la relación procesal. Si el demandante o el demandado comparecieron en juicio mal representados y así se continuó la actuación, hasta dictarse sentencia definitiva, es natural que tengan la oportunidad de oponerse a las consecuencias de un proceso al cual fueron extraños.

Mas si en el curso de un juicio, después de constituida la relación procesal, se producen actos de extralimitación por parte del apoderado o representante de los interesados, no advertidos oportunamente por el Juez, esos actos podrán alegarse como causales de nulidad dentro del propio juicio, pero en ningún caso podrán considerarse como indebida representación, que pueda invocarse en proceso separado. (Negocios Generales. Febrero 19 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 541, 1ª

**RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO** (La Nación no responde por los actos ejecutados por agentes suyos en rebeldía contra ella)

— 290 —

Como lo ha dicho la Corte, para deducir responsabilidad en contra de la Nación por daños ocasionados por el hecho de agentes suyos, es preciso que el acto de los agentes se haya realizado dentro del radio de las funciones que se les han encomendado, o que al menos se haya ejecutado con ocasión del ejercicio aparente de tales funciones, siempre que entre ellas y el perjuicio exista un vínculo lógico y destacado.

.....  
La Nación no es responsable de los daños o perjuicios que causen a terceras personas los hechos que realicen agentes suyos en rebeldía contra la misma Nación o Estado. En este evento ocurre algo igual al caso de un particular, cuya responsabilidad por el hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado, cesará, conforme al precepto del artículo 2347 del C. C., "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho". (Negocios Generales. Febrero 23 de 1949. T. LXV. 2068-2069) .567, 2ª

**RESPONSABILIDAD CIVIL** (No pueden aplicarse a ésta presunciones que las leyes consagran para indemnización por accidentes de trabajo)

— 291 —

Son dos cosas absolutamente diferentes la prestación de carácter social y establecida por leyes especiales, debida por el patrono a sus trabajadores en caso de accidentes de trabajo, y la indemnización de carácter civil que conforme a las disposiciones del C6-

ligo Civil debe todo aquél que cause a otro un daño.

Mal puede, por tanto, como lo hace el Tribunal de primera instancia, deducirse presunciones de culpabilidad civil de disposiciones que reglamentan lo relativo a accidentes de trabajo.

La indemnización de carácter civil es cosa que se rige por las disposiciones legales y reglas que regulan la obligación en que se encuentra quien ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro de resarcir ese daño (artículo 2341 del C. C.) (Negocios Generales. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2070-2071) ..... 817, 1ª

#### RESPONSABILIDAD CIVIL (Las entidades de derecho público son responsables por el hecho de sus agentes)

— 292 —

Conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la acción de responsabilidad civil extracontractual, definida por los artículos 2341 y 2356 del mismo Código, puede ejercerse no sólo contra el propio autor del acto culposo o de la negligencia sino también contra las personas a cuyo cuidado y bajo cuya dependencia se encuentra aquél, personas entre las cuales se cuentan también las entidades de derecho público, conforme lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte y de los Tribunales del país. (Negocios Generales. Febrero 4 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 513, 1ª

#### RESPONSABILIDAD

— 293 —

El nuevo Código Penal no consagró el principio de la responsabilidad moral basada en el libre albedrío, sino el de la responsabilidad legal o social, o sea, que todo el que

realice un hecho previsto en la ley penal como delito, responde de él salvo que lo haya ejecutado en alguna circunstancia de excusa o justificación (artículo 11 del Código Penal). (Casación Penal. Abril 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 776, 1ª

#### RESPONSABILIDAD PENAL

— 294 —

En materia penal el problema de la responsabilidad es individual y esto sirve de base para que el tribunal de conciencia pueda absolver a unos procesados y condenar a otros, según los fundamentos probatorios que militen en contra de cada uno de ellos. Si esto no fuera así, el juzgador de derecho estaría en la imposibilidad de sancionar a unos y absolver a otros en desarrollo del veredicto del jurado. (Casación Penal. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 731, 2ª

#### REVISION (Causal 1ª de)

— 295 —

Si el jurado afirmó la responsabilidad de Evangelista Calpa como autor de los delitos de homicidio y robo y negó la responsabilidad de los otros procesados, la sentencia que lo condena no puede ser revisada por la causal primera del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, ora por la imposibilidad lógica y física de demostrar la existencia de dos fallos contradictorios, ya también, porque la sentencia contra la cual se ha interpuesto recurso de revisión contiene únicamente la condena de Evangelista Calpa y no contempla el caso de la causal alegada. (Casación Penal. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 732, 1ª

RIÑA (No es lo mismo la riña imprevista que la grave e injusta provocación)

— 296 —

Debe la Corte principiar por hacer la debida separación entre las dos circunstancias de la riña imprevista y la provocación, que el demandante engloba y parece confundir al invocarlas conjuntamente. La riña, como esta Sala lo ha dicho muchas veces, es una pelea o combate entre dos o más personas; es un cambio de golpes que, cuando es imprevisto, constituye una circunstancia modificadora de la responsabilidad y atenúa las sanciones; la provocación es un hecho o palabra que irrita o lesiona a otro y le causa ira o dolor y que, cuando es injusta y alcanza la categoría de grave, constituye otra circunstancia modificadora de la responsabilidad y también atenúa las sanciones. Pero no son idénticas, ni pueden confundirse, ni mucho menos, invocarse conjuntamente, al menos por lo general.

Otra cosa es que una provocación pueda ser causa de una riña: la provocación será la ofensa o agravio de palabra o de obra, la causa que engendra la riña; la riña es la pelea o contienda que de aquélla ha podido nacer. Pero como quien interviene en una pelea es porque de ordinario provoca o ha sido provocado y como la riña para que sirva de causa de atenuación ha de ser imprevista, síguese que por lo común servirá de pauta para saber si hubo riña imprevista averiguar primero si quien intervino en ella ha sido provocador o ha sido provocado, y esta figura de la provocación será la que habrá de tenerse en cuenta en forma primordial. (Casación Penal. Febrero 22 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 459, 1ª y 2ª

RIÑA (Cuándo puede considerarse como circunstancia modificadora)

— 297 —

El veredicto apenas agregó a la afirmación de la responsabilidad del reo en el homicidio porque respondiera en juicio, que la muerte de Julio Ramírez—debida a un error o accidente al disparar contra Eduardo López—había sido en riña. Pero es notorio que esta sola explicación no autoriza considerar aquel delito como incluido en una modalidad atenuante, porque para que ésta actúe en el proceso, es preciso que el combate singular, que caracteriza aquella circunstancia, sea imprevisto, esto es, que surja sin preparación y sin ánimo preconcebido de que se realice. (Casación Penal. Febrero 19 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 456, 2ª

ROBO (Prueba de la violencia)

— 298 —

Es conveniente insistir en la doctrina de que no es incuestionablemente absoluta la creencia de que sólo mediante la prueba pericial o de ésta acompañada de inspección ocular, puedan establecerse los elementos que dan fisonomía especial a una determinada infracción penal. Es apenas cierto que esas dos categorías de prueba constituyen las más de las veces los medios probatorios adecuados para comprobar los elementos jurídicos que determinan, en cada caso, la infracción dolosa que se haya consumado, y que, dentro de los medios procedimentales, son aquellas pruebas las que más vigorosamente se busca conseguir, porque realizan objetivamente la mejor forma de inquirir ese hecho, demostrándolo sin que quede la menor duda de su existencia.

Como dentro de la teoría general de la prueba todas en el fondo no constituyen sino

indicios más o menos graves sobre lo que se intenta establecer con ellas, tanto la inspección ocular como la prueba pericial no las caracteriza sino la circunstancia de que en la primera, es el Juez mismo el que acompañado de peritos, quien por sus propios sentidos externos percibe las huellas, rastros o señales que haya dejado el delito y que sea necesario establecer para su discriminación jurídica, a fin de catalogarlo dentro de las distintas modalidades que pueda presentar y que servirán para darle la denominación legal adecuada.

En cambio, la prueba pericial, bien se considere al perito como un verdadero testigo o como una especie de árbitro o como mero auxiliar del Juez, que de todas estas modalidades puede gozar, como lo anotan los autores, el hecho es que aquella prueba, por participar de todas estas características, su valor probatorio está en relación directa con el que dimana de cada una de esas formas de inquirir la verdad que surge de tales categorías, tanto más convenientes cuanto su aparición en el proceso corresponde a las normas que el legislador consagra para dar a ella valor más o menos grande en el grado de credibilidad que otorgan.

Así estimadas las cosas, se ve con cuánta razón anota Dellepiane que "tanto los peritos como el Juez mismo cuando lleva a cabo una inspección ocular, no tienen otra misión que la de buscar, recoger, reproducir, describir y conservar rastros que constituirán, merced al estudio de los mismos verificado por los aludidos funcionarios, verdaderos indicios llamados a producir una prueba indicial." (Casación Penal. Febrero 25 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 466, 2ª y 467, 1ª

**ROBO (Aplicación de sanciones para este delito)**

— 299 —

El aumento de pena que hizo la sentencia en el caso a que alude el proceso no se Gaceta— 8

justifica porque habiéndose tomado como sanción básica la del artículo 404 del Código Penal, que contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes de que habla el artículo 403, la sanción penal debe regirse por aquella disposición, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400. (Casación Penal. Octubre 19 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 120, 2ª

NOTA—Una doctrina igual había sido sentada por la Corte en sentencias de marzo de 1943 (T. LV. 1998-1999, pág. 631) y 7 de marzo de 1946 (T. LX. 2029-2031, pág. 255).

El Relator de la Corte

— S —

**SENTENCIA (Cuándo es inexistente una sentencia)**

— 300 —

Una sentencia es inexistente y, por tanto, sin valor alguno como pieza aislada del proceso, si no está, por ejemplo, firmada por el Juez o autorizada por el Secretario. En ese evento, como en otros semejantes en que se revela un vicio propio del fallo, se relleva un asunto de naturaleza especial, que sería preciso resolver, no aplicando con todo rigorismo el artículo 457 del C. J., sino abriendo el compás en una forma tal que no se sacrifique el derecho a las fórmulas. (Negocios Generales. Febrero 10 de 1949. T. LXV. 2068-2069) ..... 533, 1ª

**SENTENCIA (La que así denomina el art. 153 del C. de P. P. no es una verdadera sentencia)**

— 301 —

Verdad es que el proveído que se pronuncia en los casos del artículo 153 del Código

de Procedimiento Penal, no es una sentencia, en el sentido estricto del vocablo. Pero no puede negarse que es una providencia definitiva que, al menos en cuanto a la persona o personas en cuyo favor se profiere, le pone fin al proceso, con igual eficacia que el sobreseimiento definitivo (artículos 153, 438 y 28 del Código de Procedimiento Penal). No aparece, pues, conforme con la naturaleza de esta providencia que se profiera, no como conclusión de proceso, aunque sea rudimentario, sino precisamente para negarse el juez a iniciar la acción penal. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 146, 1ª

NOTA—Lo relativo a la naturaleza jurídica de esta providencia, lo trató también la Corte en auto de marzo 15 de 1948, como puede verse en este mismo INDICE, bajo igual clasificación.

**El Relator de la Corte**

**SENTENCIA (No lo es la providencia regulada por el artículo 153 del C. de P. P.)**

— 302 —

Resulta impropio llamar sentencia a una decisión que se tomó en la etapa sumarial, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aun sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla "sentencia sui generis". (Casación Penal. Auto. Marzo 15 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 162, 1ª

**SENTENCIAS ECLESIASTICAS (No pueden ampararse en la falta de registro de las de nulidad de matrimonio y divorcio quienes fueron parte en la contienda)**

— 303 —

Equiparadas las sentencias eclesiásticas de nulidad del matrimonio o de divorcio a sentencias del órgano judicial, quienes fueron parte en la contienda respectiva no pueden ampararse en la falta del registro, porque la obligatoriedad del fallo surge de éste mismo y de su firmeza para quienes fueron parte en el juicio en que se dictó o de ellos derivan sus pretensiones.

El texto del artículo 17 de la ley 57 de 1887 no estableció el registro como requisito para que el Estado acepte las mencionadas sentencias, o para que no las ignore y ellas existan ante él, sino como orden de que se sometan a inscripción cabalmente por ser sentencias. (Casación Civil. Abril 28 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 699, 2ª

**SERVICIOS PUBLICOS (El conocimiento de acciones indemnizatorias por daños ocasionados por éstos no corresponde a la justicia ordinaria)**

— 304 —

La justicia ordinaria carece por completo de competencia para conocer de demandas de indemnización de daños ocasionados con motivo de la reparación o conservación de un servicio público, pues es ésta una cuestión cuyo conocimiento y decisión están expresa y privativamente atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la observancia del procedimiento especial establecido en las leyes de la materia (artículos 34, ordinal 2º; 54, ordinal 7º y 261 a 270, de la ley 167 de 1941), las que han configurado en el campo de la res-

ponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público una categoría especial con las querellas indemnizatorias por trabajos públicos, que no sólo han sido sustraídas de la aplicación general del derecho común sobre responsabilidad civil, al darles una naturaleza esencialmente objetiva, sino también sacadas de la competencia de la justicia ordinaria, como así se anotó en sentencia de 3 de julio de 1948. (G. J. Tomo LXIV, página 690). (Casación Civil. Abril 20 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

679, 1ª

#### SOCIEDAD CONYUGAL (La liquidación de la disuelta por muerte de uno de los cónyuges debe hacerse en la sucesión de éste)

— 305 —

La sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes en una comunidad. Es en el juicio de sucesión del cónyuge fallecido, dentro del cual se procede, en primer término, a liquidar tal sociedad para saber qué bienes pasan al patrimonio exclusivo del cónyuge muerto, representado por sus herederos o legatarios, y cuáles al supérstite. (Casación Civil. Abril 9 de 1949. T. LXV. 2070-2071).

676, 2ª

— 306 —

#### SOCIEDAD CONYUGAL Y SUCESION (Naturaleza jurídica de éstas)

Como lo tiene prevenido la jurisprudencia, la sociedad conyugal y la sucesión no son personas morales ni, por tanto, sujetos de derecho; en esa virtud no son susceptibles de que respecto de ellas se predique la distinción material y jurídica existente entre la sociedad o, la persona jurídica y los

individuos humanos que concurran a su formación; quien dice derechos de la sociedad conyugal, expresa derechos conjuntos de los cónyuges acerca de un patrimonio común; quien habla de pedir para la herencia significa tan sólo que reclama para los herederos.

Las locuciones sucesión y sociedad conyugal simples "nomen juris", y utilizando la expresión de Ruggiero refiriéndose a la primera, no son expresivas de entidades morales capaces de comparecer en juicio para formar, como actoras o demandadas, el presupuesto relativo al elemento personal de la acción; a través suyo operan intereses individuales de sujetos que para incorporar determinados bienes en su propio patrimonio han de liquidar otros primero porque su derecho en ellos es concurrente con el de una o varias personas pero no porque tales figuras, aunque impliquen la existencia de patrimonios relativa y transitoriamente autónomos, constituyan elementos de personificación jurídica separada de la de los individuos físicos, cónyuges o herederos, o de los sucesores universales de aquéllos.

Estos últimos no pueden actuar judicialmente para la sucesión o para la sociedad conyugal como si pidieran para otros; por el contrario, es precisamente su vinculación con la herencia o con la compañía de esposos lo que les da personal interés jurídico fácilmente identificable con el representado por esos nombres para actuar por medio y a través de ellos.

Así, quien pide, como en el caso de autos, invocando la calidad hereditaria de uno de los cónyuges en orden a que ciertos bienes regresen al común dominio de la sociedad conyugal ilíquida, está pretendiendo realizar el derecho de su causante como sucesor y representante suyo; las figuras tantas veces nombradas inciden como títulos explicativos de la *causa petendi*, pero en caso alguno desplazan el interés jurídico de los ac-

tores hacia otras personas o entidades capaces de pedir por y para sí lo que para ellos reclaman los primeros; la visión que del problema presenta el Tribunal quedaría reducida, en consecuencia, a trabar nuevamente este pleito entre las mismas partes, por la misma vía, sobre el mismo bien, con causa idéntica, pero variando en la demanda las expresiones relativas a quien ejerce el derecho de acción sin desalojarlo de los actuales demandantes, sin modificar su posición petitoria, ni la legitimación de su causa. (Casación Civil. Marzo 15 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....616, 2ª y 617, 1ª

SUBROGACION

— 307 —

La subrogación, tanto legal como convencional, traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, etc. (Artículo 1670 del C. C.). (Casación Civil. Febrero 28 de 1949. T. LXV. 2068, 2069).....352, 2ª

SUCESION

— 308 —

La Sala Civil de la Corte en diversos fallos ha considerado que la sucesión no es propiamente una persona jurídica con interés distinto de los herederos mismos que son quienes llevan su representación judicial y extrajudicial. Lo propio se observa de la sociedad conyugal en liquidación por muerte de uno de los cónyuges, que está representada por el sobreviviente y los herederos del fallecido. (Casación Civil. Febrero 28 de 1949. T. LXV. 2068-2069).....354, 1ª

SUELDOS (Cuándo pueden hacerse descuentos)

— 309 —

Los sueldos son remuneraciones que da el tesoro público a los empleados oficiales por los servicios que éstos prestan. Realizado el servicio, el funcionario o empleado público tiene el derecho de recibir íntegra su asignación, a menos que la ley o una orden de autoridad competente, "embargo por ejemplo", impongan descuentos especiales. (Casación Penal. Auto. Mayo 25 de 1948. T. LXV. 2066-2067) .....107, 2ª

SUSPENSION DE UN PROCESO CIVIL POR INICIACION DE INVESTIGACION PENAL

— 310 —

Según los términos del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, quien debe suspender la actuación civil o administrativa es el funcionario que de éstas conozca. (Casación Penal. Auto. Noviembre 26 de 1948. T. LXV. 2066-2067).....143, 2ª

— T —

TACHA Y RECUSACION DE PERITOS Y TESTIGOS

— 311 —

Corresponde a las partes, al tachar o recusar un testigo, lo mismo que al tachar o recusar un perito o un juez o magistrado, expresar claramente y de manera precisa por cuál o cuáles de las causales de tacha o recusación contenidas en la ley lo hacen, y no es suficiente para ello con que expresen el hecho que en su concepto configura la causal, dejando al juzgador la apreciación

de si así ocurre en realidad y de en cuál o cuáles de las causales encaja, por decirlo así, ese hecho. (Negocios Generales. Auto. Septiembre 27 de 1948. T. LXV. 2066-2067).

228, 2ª

**TENTATIVA (Momento consumativo de los delitos de hurto y robo)**

— 312 —

La Sala expresó en casación de 25 de junio de 1947, y ahora reafirma su anterior doctrina, que acoge la tesis de Carrara acerca de lo que debe considerarse como el momento consumativo del delito de hurto y también del de robo, tesis conforme a la cual para que el hurto se considere consumado, según puede leerse en los números 2017 a 2023 del "Programa", basta que haya habido **contrectación** (contrectatio), es decir, el tocamiento de las cosas seguido de su desplazamiento del punto en donde estaban, y no es necesario que los objetos tomados se hayan dejado en lugares adyacentes a la casa del dueño, por ejemplo, ni dentro de ella misma; ni siquiera dentro de la habitación donde estuvieran, porque no es posible dudar "de que el ladrón, cuando ha traído bajo la propia mano, aún por breves momentos, la cosa ajena, se ha apoderado de ella", y porque no debe perderse de vista que una es la posesión de las cosas y otra la de los inmuebles en que aquéllas se encuentran. (Casación Penal. Marzo 18 de 1949. T. LXV. 2070-2071).....741, 2ª

**TERMINOS (Suspensión de)**

— 313 —

La suspensión de los términos por expiración de la representación legal, que establece el numeral 4º del artículo 370 del C. J., y las consiguientes suspensiones de la juris-

dicción al tenor del numeral 3º del artículo 147 ibídem, no son indefinidas, sino que duran tan sólo hasta-tanto que el hecho que ha dado lugar a la expiración de la representación se haga saber, o, lo que es igual, sea conocido por quien puede seguir en ella, como claramente lo preceptúa el citado artículo 370, numeral 4º (Negocios Generales. Febrero 10 de 1949. T. LXV). 2068-2069) .532, 2ª

**TERMINOS PROCESALES (Objeto de la institución de los)**

— 314 —

De las condiciones básicas y elementales del procedimiento penal —**sencillez, rapidez, continuidad**— la segunda implica la institución de los términos, mediante los cuales se garantizan y protegen los intereses y derechos de las partes; así, pues, el proceso, como conjunto de actos coordinados entre sí y convergentes al supremo objetivo de la actuación de la ley penal, no es indefinido, comporta un límite, no está subordinado —en cuanto al tiempo— al arbitrio del Juez ni de las partes.

Sobre aquellas condiciones y especialmente sobre los términos como fundamentos de la **rapidez**, los expositores de Derecho Procesal concuerdan invariablemente.

"Otro requisito, en gran parte dependiente del primero (la sencillez) —escribe el conocido procesalista Lucchini— debe consistir en la **rapidez del trabajo procesal**. En caso de condena, cuanto más pronto se aplique la pena al delito, más ejemplar y eficaz es la represión. En caso de absolución, la rapidez de los actos hará el procedimiento menos perjudicial a quien haya sido indebidamente procesado.

"Para muchos actos —continúa el citado profesor— se ha establecido un término dentro del cual deben cumplirse o antes del cual no pueden cumplirse, sea para asegurar la

rapidez del procedimiento (subraya la Sala), sea para garantizar los derechos e intereses de las partes.

“El estudio de la fijación de los términos oportunos para varios actos —concluye— es uno de los más graves y difíciles, pues ellos concilian las garantías necesarias a las partes con las exigencias de una justicia ágil y expedita”.

Entre los derechos e intereses de las partes que más gravemente afectan la violación de los términos y el consecuente aplazamiento están: el de los procesados, a que su posición jurídica —una vez planteada su defensa— se decida, y el del Estado, a que si son culpables se les sancione rápidamente para evadir toda posibilidad de prescripción, y si no lo son, se les absuelva. Esta y no otra, es la razón jurídica de las normas que fijan términos procesales y sancionan a los funcionarios que las violan, de las que otorgan la libertad provisional cuando aquéllos han transcurrido sin que se haya calificado el sumario o fallado el proceso, y de las que imponen la obligación de garantizar la rapidez del procedimiento, especialmente si en ella está empeñado el derecho a la defensa, derecho que —como afirma Carrara— no es un privilegio ni una concesión deseada por la humanidad, sino un derecho de orden público primario, originario del hombre y, por ello inalienable”, en el cual “la sociedad tiene también un interés directo”, “porque necesita, no una pena que caiga sobre una cabeza cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable”. (Casación Penal. Diciembre 14 de 1948. T. LXV. 2068-2069)...400, 1ª y 2ª

**TESTIMONIO (Requisitos de la ratificación de declaraciones rendidas extrajuicio)**

— 315 —

El Código Judicial vigente en su artículo 693 establece lo siguiente: “Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras

declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba”.

Esta es la única disposición que hay acerca de los requisitos que es menester cumplir para aducir como prueba declaraciones que han sido rendidas extrajuicio. La ley exige que la ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio brindándole así a la contraparte la facultad de pedir la no admisión de determinada prueba, y en tratándose de la prueba testimonial le otorga, además, el derecho de contrainterrogar a los testigos. Son éstas, pues, las razones que el legislador tuvo indudablemente en cuenta para establecer, que la ratificación de los testimonios rendidos extrajuicio ha de ser solicitada y practicada durante el término probatorio.

El Código Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma como deba rendirse la ratificación de los testimonios. No puede, a juicio de la Corte, admitirse la tesis sostenida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además, llenar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; basta que el testigo, después de que le haya sido leída su declaración, diga que ratifica, que está de acuerdo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, por el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia. (Negocios Generales. Febrero 9 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

## TESTIMONIO

— 316 —

La identidad en el tenor literal de las declaraciones y la sospechosa minuciosidad del recuerdo de los testigos son circunstancias para ser tenidas en cuenta en el estudio probatorio de los grados de jurisdicción, pero carecen de interés en examen de casación, que en materia de pruebas no es oportunidad de nuevo justiprecio libre y general, ni replanteamiento de la cuestión de hecho controvertida. (Casación Civil. Abril 6 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 665, 1ª

**TESTIMONIO (La simple aclaración que de sus conceptos haga un testigo no puede considerarse como contradicción en el testimonio rendido por él)**

— 317 —

Un testigo se contradice, no porque luégo aclare sus conceptos, talvez por respeto a la verdad y al juramento, sino porque su relato envuelve afirmaciones y negaciones al mismo tiempo, sin que se sepa cuándo es sincero o dice la verdad, y cuándo miente. Esta perplejidad al valorar sus dichos es lo que conduce a rechazarlos, pues no aportan ningún elemento de juicio, sino de duda, que por serlo escapa a toda apreciación probatoria y a todo intento de descubrir la verdad, que es el fin único de la prueba judicial en materia penal. (Casación Penal. Auto. Noviembre 30 de 1948. T. LXV. 2066-2067) 153, 1ª

**TIERRAS (Necesidad de la confirmación de la venta o composición)**

— 318 —

En el Capítulo V de la Real Cédula de 1754 se estableció que los poseedores de tierras vendidas o compuestas entre el año de

1700 y el de la expedición de la Cédula no habrían de ser inquietados "constando tenerlas confirmadas", y que los que las poseyeran "sin esa precisa calidad" debían acudir por la confirmación, a fin de que sus títulos fuesen refrendados y los dueños de aquéllas legitimados en su posesión y dominio. (Negocios Generales. Octubre 2 de 1948. T. LXV. 2066-2067) ..... 256, 1ª

**TRABAJOS PUBLICOS (Las ocupaciones realizadas con ocasión de éstos no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias)**

— 319 —

Como lo ha dicho la Corte: "Cuando la administración ocupa un inmueble ajeno por razón de trabajos públicos, sin los procedimientos legales de la expropiación, esa situación de hecho queda sin embargo garantizada o tutelada por la ley, como una prerrogativa inherente a la organización de los servicios públicos. Sin dejar de ser condenable el proceder de los agentes de la administración, se considera que también en estos casos el interés general debe prevalecer sin que a los particulares perjudicados les quede otro recurso que pedir el pago de la zona ocupada. Por esto las ocupaciones de hecho que realiza la administración, que algunos llaman expropiaciones indirectas, no dan lugar a acciones reivindicatorias ni a acciones posesorias para recuperar o conservar la posesión, pues si así no fuera quedarían supeditados a los intereses privados los muy superiores de la colectividad, a cuyo favor se organizan y prestan los servicios públicos. En tales eventos no juegan las normas del derecho civil sino los preceptos del derecho administrativo, o sean los dirigidos a mantener y salvaguardar la organización de los servicios que se consideran esenciales al bienestar común". (Negocios Generales.

Febrero 5 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

519, 1ª

## TRANSACCION

— 320 —

La transacción es un contrato bilateral, por el cual los contratantes, renunciando cada uno a parte de sus pretensiones, o haciéndose concesiones recíprocas, terminan un litigio existente, o precaven uno por nacer (artículo 2469 del C. C.).

Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:

- a) El consentimiento de las partes;
- b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas;

c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es la circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario, sin embargo, que las concesiones respectivas de las partes sean de la misma importancia, y de equivalencia exacta, las unas a las otras.

Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común. Ello porque, por su naturaleza, la transacción no es transmisiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancias sobre el cual ha recaído.

Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aún mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contra-

parte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se los reconoce.

De igual manera, cuando los propietarios de predios limítrofes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, no se hacen por ello concesiones recíprocas de terreno, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que pretendía en cuanto la nueva limitación abarca sus pretensiones. Lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretan sus títulos y señalan la demarcación, pero cada una continúa poseyendo por el título de su propiedad, ya que la transacción sólo se encamina a declarar hasta dónde llegan por convenio mutuo los derechos de cada uno de los contendientes. (Casación Civil. Marzo 22 de 1949. T. LXV. 2070-2071) ..... 634, 1ª

## TRASLADOS

— 321 —

El objeto del traslado a que se refieren los artículos 458 y 459 del Código de Procedimiento Penal es el de facilitarles a las partes el estudio del proceso, a fin de que puedan preparar las tesis jurídicas que han de sostener en audiencia pública. Por lo tanto, si el juez omite ordenar esos traslados, pero en la práctica ellos se surten, el derecho de las personas que intervienen en el proceso queda garantizado y cualquier presunta nulidad desaparece. (Casación Penal. Febrero 11 de 1949. T. LXV. 2068-2069).

440, 1ª

— V —

## VEREDICTO (Interpretación del)

— 322 —

En los procesos en que interviene el jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos

sobre que ha versado el debate y, de consiguiente, la base del fallo para el juez es el veredicto de los miembros del tribunal popular (artículo 480 y 499 del C. de P. P.), principio que conlleva la consecuencia de que la interpretación del juez, en los casos en que los términos del veredicto ofrezcan motivos de duda, ha de ser muy restringida, para no caer en la arbitrariedad suplantando en sus funciones a los jueces de conciencia. (Casación Penal. Marzo. 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....707, 1ª

### VEREDICTO

— 323 —

Una mera hipótesis, una duda, una opinión expresada por el jurado, no puede obligar al juez, porque calificar es apreciar o determinar las circunstancias de las personas, las cosas o los hechos, definir, en suma, fallar o decidir. Si el juez estuviera obligado a aceptar las hipótesis o dudas sugeridas por el jurado en su veredicto, querría decir que la atribución conferida por la ley al jurado para calificar los hechos podría dividirse, y así los jueces de conciencia apreciarían parte de los hechos según su íntima convicción, dejando otra que tendría que ser apreciada por el juez de derecho de acuerdo con la estimación legal de las pruebas, lo

cual no consulta la naturaleza de la acción penal en los juicios por jurado. El jurado debe, pues, afirmar o negar la responsabilidad del sindicado sobre los hechos, pues las conjeturas no pueden servir para condenar ni para absolver. (Casación Penal. Marzo 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....707, 2ª

### VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 324 —

Un veredicto es contradictorio cuando sus términos son inconciliables porque no pueden coexistir, porque se destruyen mutuamente, porque implican afirmación y negación a la vez, porque una de sus voces acepta lo que la otra excluye. La contradicción implica la imposibilidad absoluta para que una cosa sea y no sea al mismo tiempo, ese principio de contradicción que se afirma del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran, es decir, en el contenido de sus proposiciones,, pues si el veredicto consta de una sola proposición, no se podría predicar el principio de contradicción respecto de él, ya que faltaría el otro término o proposición con la cual debería hacerse la comparación, para luego, sí, afirmar la existencia del mismo. (Casación Penal. Marzo 1º de 1949. T. LXV. 2070-2071) .....711, 2ª

# T A B L A

## DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXV DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras que se hallan bajo la columna de "números" corresponden a los apartes de doctrina que componen este INDICE. Los guiones que aparecen en la columna de "artículos" indican que la doctrina cita globalmente el Código, la ley o el decreto en referencia.

Artículos	Números	Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886		789	280
121	145	952	283
ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910		1005	205
33	146	1155	151
CONSTITUCION DE 1936		1162	151
28	194	1398	228
117	146, 154	1402	67
ACTO LEGISLATIVO Nº 1 DE 1945		1480	67
7	207	1507	167
CONSTITUCION VIGENTE		1546	90, 244
25	261	1670	307
26	63, 198	1758	130
28	114, 198	1893	124
32	194	1899	124
70	209	1900	124
76	227	1989	67
76 (4º)	23, 208, 226	2004	17
76 (19)	23, 226, 227	2111	67
76 (20)	23, 207, 208	2341	49, 291, 292
113	261	2347	290, 292
118 (7º)	225	2349	292
118 (8º)	72	2356	102, 103, 104, 105, 190, 292
121	72, 109, 143, 144, 145, 146	2357	69
170	114	2358	191
210	263	2469	320
214	20	2491	11
CODIGO CIVIL		2545	256
17	67	2652 (6º)	229
		2654	229
		2662	229
		CODIGO JUDICIAL DEROGADO	
		847 a 857	67
		863	67
		CODIGO JUDICIAL VIGENTE	
		67	83
		146	279
		147	187, 279, 313

Artículos	Números	Artículos	Números
148	16, 35	873	67
194	10	882	67
198	16	967	229
205	205	1011	67
208	120	1021	67
209	116	1023	67
214	282	1104	67
215	282	Tít. III	218
233	67	Libro II,	
235 ss.	124	Tít. 38	10
276	107		
317	135	CODIGO FISCAL	
333	249	74	24
370	313		
437	133	CODIGO PENAL DEROGADO	
448	213, 223	141	286
455	287	394 ss.	159
456	223, 287		
457	223, 224, 289, 300	CODIGO PENAL VIGENTE	
475	67	11	293
476	67, 280	12	106
477	67	14	2
478	67	25 (2º)	203, 204
481	250	28	165, 197, 270, 296
482	14	29	134
520 (1ª)	40, 138, 139	34	286
520 (2ª)	41	36	59
520 (6ª)	213	37 (1º)	79
524	50, 96	37 (2º)	79, 80
531	44, 52, 119, 122	38 (3º)	165, 270
552	67	45	232
575	78	92	49
596	272	93	187
597 (3º)	25	95	247
604	82	104	259
608	82	154	231
632	130	156	76, 77
662	140	171	5
669 (2º)	241	172	67
670	241	191	160, 161
690	272	193	254
693	315	231 (9º)	159
716	235	233	157
720	141, 142	234	155
721	238	241	155
723	233	242	155
734	10	319	148
855	135	349	148
863	67		
869	266		
871	266		

Artículos	Números	Artículos	Números
365	168, 169, 170	159	56
374	248	178	25
377	206	198 (4º)	217
384	296, 297	200	221
385	63	201	221
398	299	202	25
399	299	251	130
400	299	266	222, 277
403	299	267	222, 277
404	299	268	128, 277
406	153	283	264
408	137, 147, 153	284	66
412	8	289	126
CODIGO DE JUSTICIA PENAL		294	187
MILITAR		308	234, 277
(Ley 3ª de 1945)		311	277
9	71	429	5
140	113, 114	433	21
CODIGO DE PROCEDIMIENTO		438	301
PENAL		457	221
7	44, 119, 122, 279	458	216, 321
10	157	459	216, 321
11	187, 189, 191, 310	466	21
14	264	475	218
24	187, 189, 191	480	63, 165, 168, 322
25 (1º)	191	499	63, 322
25 (2º)	187	516	216
28	190, 301	556	56
45	56	559	46, 50
50	201	563	119
54	201	567	56
55	73, 201	567 (1ª)	47, 59, 60
56	73, 201	567 (2ª)	57, 58, 60, 61, 62
57	73, 112, 201	567 (3ª)	47, 48, 63, 199
58	28, 30, 31, 32	567 (5ª)	64
59	28	567 (7ª)	65
72 (3º)	31	568	53
73	31, 175	571	295
73 (3º)	175	Libro I,	
73 (4º)	176, 178	Cap. II	189
103	18	CODIGO CONTENCIOSO	
112	187	ADMINISTRATIVO	
149	218	34 (2º)	304
153	19, 56, 66, 86, 88, 259,	54 (7º)	304
	301, 302	62	245
		66 a 68	245
		261 a 270	304
		Cap. 22	13

Artículos	Números
CONCORDATO	
(Ley 35 de 1888)	
—	75
LEYES ESPECIALES	
(Ley 57 de 1887)	
17	303
38	229
(Ley 153 de 1887)	
43	198
53	181
54	181
56	181
58	181
59	181
66	181
67	181
70	181
71	181
72	181
74	181
86	181
Ley 39 de 1890	
3	229
Ley 72 de 1890	
75	202
Ley 109 de 1922	
—	79
Ley 37 de 1931	
26	252
Ley 64 de 1931	
—	263
Ley 45 de 1936	
—	181

Artículos	Números
4	150, 274
10	205
12	205
30	181
Ley 96 de 1936	
2	121, 225
Ley 160 de 1936	
5	27, 250, 252, 258
7	258
Ley 200 de 1936	
19	13
Ley 94 de 1937	
3	240
Ley 4ª de 1943	
26	50
28	63
Ley 5ª de 1943	
—	253
5	30
Ley 7ª de 1943	
3	94
Ley 67 de 1943	
4	200
Ley 107 de 1943	
1	175
Ley 3ª de 1945	
—	209
Ley 6ª de 1945	
—	91

Artículos	Números
Ley 69 de 1945	
2	45, 51
8	3
Ley 71 de 1946	
—	208, 227
1	23
2	207
3	207
6	207

DECRETOS

Decreto N° 1475 de 1932	
—	146
Decreto N° 2429 de 1934	
—	146
Decreto N° 2432 de 1934	
—	146
Decreto N° 163 de 1938	
—	93
Decreto 2127 de 1945	
1	91
2	91

Artículos	Números
Decreto N° 1285 de 1948	
—	68, 71, 114
Decreto N° 1406 de 1948	
—	278
Decreto N° 1683 de 1948	
—	278
Decreto N° 1895 de 1948	
—	68, 71
1	68

PROYECTOS DE LEY

“Por la cual se eleva una partida”  
(Municipio de Buenos Aires) (1948)

— 207

“Por la cual se aumenta una participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario” (Municipio de Plato) (1948)

— 288

REAL CEDULA DE 1754

Cap. V. 318



FE DE ERRATAS

En el número 250 de este INDICE se cita al final el artículo “481 C. C.”; debe leerse “481 C. J.”

## INDICE ALFABETICO

— A —	Págs.	— C —	Págs.
<b>Aarón Teodolinda contra la Nación.</b> —Juicio ordinario sobre propiedad del terreno "San Jerónimo de Ariguani". Apelación de un auto .....	289	<b>Cabrales Antonio</b> —Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos.....	756
<b>About o Abot René.</b> —Casación por robo....	119	<b>Caicedo Elvia Ramírez de, contra la Nación.</b> Juicio ordinario sobre perjuicios.....	207
<b>Aclaración de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R. y Víctor Cock</b> a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexecutable el artículo 45 de la Ley 60 de 1946.....	573	<b>Calpa Evangelista.</b> —Revisión .....	730
<b>Afanador Ruiz Rafael.</b> —Sobreseimiento definitivo en su favor por abuso de autoridad (intervención en política).....	375	<b>Cañón Granados Luis A.</b> —Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por homicidio, lesiones personales y robo .....	392
<b>Aguirre Calle Gerardo.</b> —Auto de proceder contra él por abuso de autoridad (demoras)	423	<b>Cárdenas José contra la Nación.</b> —Juicio ordinario sobre perjuicios. Incidente de liquidación .....	242
<b>Aldana Vargas Jorge E. contra Adolfo Carrizosa, el Municipio de Bogotá y otros.</b> —Juicio ordinario sobre declaración de dominio y sobre reivindicación.....	694	<b>Castro Rodríguez Angel M. contra la Nación.</b> Juicio ordinario .....	834
<b>Arizabaleta Cecilia Prado v. de, contra el Departamento del Valle.</b> —Juicio ordinario sobre perjuicios. Suspensión del juicio civil mientras se falla el proceso penal.....	534	<b>Castro Manuel Antonio.</b> —Casación por lesiones personales .....	404
— B —		<b>Ceballos Miguel J. y otra contra la Nación.</b> — Juicio ordinario sobre perjuicios.....	520
<b>Barrera Vásquez Esteban.</b> —Casación por lesiones culposas (recurso desierto).....	428	<b>Cely Sinforosa Martínez de, contra Susana Porras.</b> — Revisión.....	319
<b>Bernal Mercedes García de, contra Mercedes Cifuentes.</b> — Juicio ordinario sobre reivindicación .....	51	<b>Compañía Explotadora del Carare, S. A. contra la Nación.</b> — Juicio ordinario. Súplica de un auto .....	842
<b>Blanco José Alfonso y Ana Teresa Méndez Rosales.</b> — Cumplimiento de sentencia extranjera de divorcio.....	68	<b>Compañías Unidas de Transportes, S. A. contra el Departamento del Tolima.</b> — Juicio ordinario. Auto sobre denuncia del pleito a José Negret .....	825
<b>Builes Alzate Helí Alfonso</b> —Casación por homicidio .....	710	<b>Córdoba Aníbal contra César Burbano.</b> — Juicio sobre exclusión de bienes del inventario de una sucesión.....	674
<b>Buitrago Rafael Marín v. de, contra el Municipio de Zarzal.</b> — Juicio ordinario sobre perjuicios .....	639	<b>Correa Alejandro contra Andrés Murriel y Benjamín Ospina.</b> — Juicio ordinario sobre venta de cosa hipotecada.....	324
		<b>Cortés Sánchez José Ignacio.</b> —Casación por doble homicidio .....	70
		<b>Cortés Martín contra el Municipio de Tunja.</b> Juicio ordinario sobre perjuicios.....	678
		<b>Cubides Hernández Jaime y otros ex-agentes de la Policía Nacional.</b> —Cambio de ra-	

Págs.	Págs.
dicación de un proceso contra ellos por homicidio ..... 726	Escobar Londoño Bernardo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por falsedad en documentos públicos ..... 787
— CH —	Escobar González Hernando.—Casación por homicidio ..... 434
Chalarca Juan N. contra Ana Rita Loaiza. Juicio ordinario sobre pago de edificación levantada en terreno de ésta o venta de dicho terreno ..... 333	Estrada L. Hijos de Luis M. contra Suizo Fina y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación ..... 614
— D —	— F —
D'Andreis Lanao Rafael.—Sobreseimiento definitivo en su favor por falsedad y prevaricato ..... 734	Fernández Yáñez Alejandro y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona. Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos ..... 748
David Luis y Rafael Arturo Guevara.—Casación por lesiones ..... 135	Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá.—Recurso de hecho contra un auto que negó casación contra la providencia de cesación del procedimiento proferida en un proceso ..... 160
Decreto Legislativo número 1813 de 1944, acusado como inconstitucional en sus artículos 1º (ordinal c) y 6º..... 307	Flórez Leopoldo contra la Nación—Juicio ordinario sobre perjuicios..... 551
Decreto 163 de 1948, acusado por inconstitucionalidad ..... 1	Flórez María Lucrecia Forero v. de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios ..... 509
Decreto 1239 de 1948, acusado por inconstitucionalidad sobreviniente ..... 297	Flórez Camacho Rafael.—Llamamiento a juicio contra él por varios delitos..... 100
Decretos 1239 y 1259 de 1948, acusados por inconstitucionalidad ..... 299	Flórez Camacho Rafael.—Reposición del auto de proceder contra él..... 148
Decretos 1285 y 1406 de 1948, acusados como inexecutable ..... 17	Fonseca Emiliano contra Araminta Farfán.—Juicio ordinario sobre reivindicación..... 645
Delgado Gutiérrez Pedro y otros contra la Nación.—Juicio ordinario. Apelación de un auto ..... 543	Franco Mesa Rodolfo—Casación por lesiones personales ..... 738
Departamento del Magdalena contra Arcadio Barros.—Juicio sobre ejecución por tercera persona de la obligación de hacer contraída por el demandado..... 201	Franco Giraldo Otoniel—Casación por hurto. 740
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, Ltd.—Juicio ejecutivo. Incidente de nulidad ..... 286	— G —
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, Ltd.—Juicio ejecutivo. Reposición ..... 287	Gachetá.—Cambio de radicación del proceso seguido contra varios miembros de la Policía Nacional por los sucesos ocurridos en esa población el 10 de enero de 1939..... 397
Dorsonville Manuel Antonio contra Antonio Dorsonville y otra.—Juicio ordinario sobre dominio de una finca (juicios acumulados) 697	Garcés Valencia Manuel.—Se declara que no es el caso de abrir investigación contra él por abuso de autoridad..... 390
Duque Abelardo y otros.—Cambio de radicación de un proceso contra ellos por homicidio ..... 728	García Mejía Esther contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios. Suspensión del juicio civil mientras se falla el proceso penal ..... 282
— E —	García Laureano.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por rapto y estupro ..... 378
Escobar Ana de Jesús contra José de Jesús Escobar.— Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato ..... 667	García Luis Felipe y otros Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué. — Sobresei-

## Págs.

miento definitivo en su favor por abuso de autoridad y prevaricato.....	717
<b>García Luis Felipe y otros Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué.</b> —Se niega la reposición del sobreseimiento definitivo en su favor .....	720
<b>Gómez de Lavalle y otros contra la Nación.</b> Juicio ordinario sobre petróleos.....	827
<b>Gómez G. Julio contra Joaquín Gómez Z.</b> — Juicio ordinario sobre rendición de cuentas y pago de servicios.....	321
<b>Góngora Daniel contra el Municipio de Ibagué.</b> —Juicio ordinario sobre perjuicios....	330
<b>González Carmen contra Marco A. Orjuela Laverde y otros.</b> —Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos.....	619
<b>González Hernando.</b> — Casación por lesiones personales .....	178
<b>González Miguel A. contra la Nación.</b> —Incidente de liquidación de perjuicios....	285
<b>González Otoniel contra Pedro Santamaría y otros.</b> — Juicio ordinario sobre declaración de que un terreno es baldío.....	61
<b>Gnecco José Ramón.</b> —Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por incendio y saqueo de una lancha.....	365
<b>Gronweld Ida Matute Gómez de, contra la Nación.</b> —Juicio ordinario sobre revisión de otro de expropiación .....	538
<b>Guerrero Matilde Guerrero de y otros contra herederos de Luis D. Guerrero.</b> —Juicio ordinario sobre pago de una suma de pesos.	350
<b>Guevara Rafael Arturo y otro</b> —Casación por lesiones .....	135
<b>Gutiérrez Tobón Darío</b> —Casación por estupro	771
<b>Guzmán Pino Joaquín María.</b> — Casación por lesiones personales .....	402
<b>Guzmán Manuel S.</b> —Recusación de este Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá en proceso contra Inocencio y Rufino Lizarazo .....	798

## — H —

<b>Herrera Ernestina contra Carlos Dueñas.</b> — Juicio ordinario sobre filiación natural....	661
---	-----

## — J —

<b>Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá.</b> —Reposición de un auto en incidente de liquidación.....	505
---	-----

## Págs.

<b>Jarme Lupey Arturo.</b> —Casación por homicidio .....	774
<b>Jiménez Miguel Ramón contra Rubén Mejía.</b> Juicio ordinario sobre carencia de valor de un contrato de transacción.....	630

## — L —

<b>Lafaurie Bolívar Carlos.</b> —Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él por estafa y falsedad.....	369
<b>Lancheros Samuel contra Luciano Pinilla.</b> — Juicio ordinario sobre pago de perjuicios por culpa contractual.....	636
<b>Larrota Pedro Pablo contra la Nación.</b> —Juicio ordinario sobre perjuicios.....	801
<b>Lazo María Larrahondo v. de, contra Dolores Torres v. de Hoyos y otros.</b> — Juicio ordinario sobre reivindicación .....	48
<b>Leaño Leaño Gonzalo.</b> —Recurso de hecho de la parte civil en un proceso contra aquél por lesiones personales .....	441
<b>Lebrija.</b> —Colisión de competencias para conocer del proceso en averiguación de los responsables del robo de mercancías efectuado en el vapor de este nombre.....	784
<b>Ley 7ª de 1943 acusada como inexecutable en el párrafo del artículo 3º</b> .....	32
<b>Ley 60 de 1946 acusada como inexecutable en su artículo 45</b> .....	569
<b>Ley 83 de 1946 acusada como inexecutable en varios de sus artículos.</b> —Rechazo de la demanda .....	592

## — M —

<b>Márquez Fidel contra la Nación.</b> —Juicio posesorio .....	260
<b>Márquez Fidel contra la Nación, el Departamento de Caldas y otros.</b> —Juicio posesorio	518
<b>Martínez Serrano Juan de Jesús.</b> —Casación por homicidio .....	706
<b>Martínez Julio César.</b> —Proceso contra él por abuso de autoridad.—Se ordena seguir la investigación .....	450
<b>Martínez Máximo H.</b> —Impedimento para actuar en proceso contra Bernabé Quiñones Quiñones .....	362
<b>Maya Eglantina Manjarrés v. de, contra la Nación y otros</b> —Juicio ordinario sobre declaración de dominio de un terreno petrolífero .....	247

Págs.	Págs.
Mayorga de Pineda Pastora contra Enrique Torres Paláu.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato y pago de perjuicios 621	bre perjuicios ..... 189
Medina Sarmiento Jorge y Jesús Sarmiento. Casación por homicidio..... 412	Oyola Sarmiento Sebastián.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad ..... 746
Mejía Clemencia Castrillón de, contra Tulia Amaya de Castrillón.—Recurso de hecho.. 653	— P —
Mesa Otoniel.—Casación por homicidio..... 722	Pardo Adela contra Carmen Rosa Flórez y otros.—Juicio ordinario sobre declaración de ineficacia de un contrato de mutuo.... 644
Meza Antonio J. y Próspero Cardona.—Casación por falsedad ..... 92	Paz Zapata Argemiro.—Casación por lesiones personales ..... 458
Muñoz I. Rubén I. contra el doctor Teodulfo Dulce.—Juicio para imposición de sanciones a este abogado ..... 548	Peláez Cardona Gonzalo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por falsedad..... 123
Mora Faustino contra Ernesto Alvear y otros. Juicio ordinario sobre reivindicación..... 53	Pérez Pedro Antonio.—Casación por homicidio ..... 408
Mojica Juan N.—Sobreseimiento definitivo en su favor por intervención en política.. 115	Pinzón Saavedra Enrique.—Colisión de competencias para conocer de un proceso contra él ..... 125
Moreno Eliseo.—Casación por lesiones..... 130	Porrás Juan contra la empresa "Sintrabor-dos"—Juicio ordinario sobre perjuicios.... 598
— N —	Potes Eliud.—Casación por homicidio..... 87
Nación (la) contra Jesús Valencia y Mario Borrero.—Juicio ordinario sobre restitución de unas parcelas de terreno. Apelación del auto que negó la admisión de la demanda ..... 846	Poveda Alfonso Rafael.—Sobreseimiento definitivo en su favor por falsedad y abuso de autoridad ..... 779
Niño Juan Crisóstomo.—Casación por homicidio. Recurso desierto ..... 796	Prieto Alfonso contra Eugenia y Eliseo Cubillos.—Recurso de hecho ..... 691
Núñez María Edelmira Tascón de, contra Elba Carlota Tascón y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación ..... 338	Prieto Amalia Naranjo Borrero de, contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario. Suspensión del juicio civil mientras se falla el proceso penal ..... 342
— O —	Prieto Ramón y otros contra PP. Dominicanos de Tunja.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa..... 685
Obaño Eudoro. Sucesión de.—Objeciones a la partición ..... 65	Proyecto de ley "por la cual se eleva una partida" (Municipio de Buenos Aires), objetado por inconstitucional en sus artículos 1º y 2º..... 301
Obeso Gábel.—Cambio de radicación de un proceso contra él por homicidio..... 362	Proyecto de ley "por la cual se decreta una contribución económica para un establecimiento de enseñanza", objetado por inconstitucional en sus artículos 1º y 2º..... 309
Ocampo Simón o Simeón.—Casación por homicidio, abuso de autoridad y violación de domicilio. Recurso desierto ..... 167	Proyecto de ley "por la cual se nacionaliza la Escuela Superior de Sabanalarga", objetado por inconstitucionalidad en su art. 3º 315
Olivares Ernesto y otros contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de un yacimiento petrolífero ..... 830	Proyecto de ley "por la cual el Gobierno Nacional propende a la terminación de la segunda y tercera plantas de la Casa Nacional del Periodista en Cartagena", objetado como inexecutable en sus artículos 1º a 4º. 584
Orozco Rubén.—Casación por estafa..... 78	Proyecto de ley "por la cual se aumenta una
Ortega Rueda Víctor.—Auto de proceder contra él por peculado culposo..... 163	
Osorio Duque Antonio.—Casación por falso testimonio ..... 381	
Osorno Lucila Cano v. de, contra el Departamento de Antioquia.—Juicio ordinario so-	

Págs.	Págs.		
participación con destino a la ejecución de unas obras y se asocia la Nación a la celebración de un centenario" (Municipio de Plato), objetado como inexecutable.....	587	pañía La Perla de Colombia.—Juicio ordinario sobre dominio de unas tierras.....	191
Proyecto de ley "por la cual se nacionaliza el reformatorio de menores y escuela de trabajo de la ciudad de Cúcuta y se dictan otras disposiciones", objetado como inexecutable .....	594	Rozo Samuel.—Casación por homicidio.....	117
Pulecio José de Jesús.—Liquidación de perjuicios en un juicio contra la Nación.....	480	— S —	
Pulecio José de Jesús.—Reposición del auto anterior .....	498	Salazar Mesías.—Casación por homicidio....	454
— R —		Salvamento de voto de los Magistrados doctores Hernán Salamanca y Ramón Miranda a la sentencia de la Sala Plena que declaró executable los Decretos 1285 y 1406 de 1948	17
Ramírez Torres Carlos Alfonso contra Tulia Hernández v. de Mercado y otra.—Juicio ordinario sobre reivindicación .....	655	Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ramón Miranda, Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Castillo Pineda y Agustín Gómez Prada a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexecutable el artículo 45 de la Ley 60 de 1946.....	574
Ramírez Pichimata Fulgencio contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios...	236	Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda y Alvaro Leal Morales a la sentencia de la Sala de Casación Civil proferida en el juicio ordinario de Mariana Villate contra Bonifacio Rojas y otro, sobre reivindicación.....	47
Ramírez Juan de la Rosa.—Apelación de un auto en juicio ordinario contra la Nación.	477	Salvamento de voto del Magistrado doctor Anibal Cardoso Gaitán al auto de la Sala de Negocios Generales que reguló el monto de los perjuicios en el juicio ordinario de José de Jesús Pulecio contra la Nación.	494
Reyes Gustavo y otros contra la Nación.—Juicio ordinario. Auto sobre tacha de peritos.	822	Sánchez Laura Rojas de, contra Marco A. Roca y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato.....	682
Reyes Eliscechea Rafael y otra.—Oposición a la propuesta para explorar y explotar petróleo formulada por Arturo Pava del Basto .....	203	Sánchez Trinidad contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios .....	269
Ríos Arenas Cándido y otro.—Impedimento de un Magistrado del Tribunal de Ibagué para conocer de un proceso contra ellos...	752	Sandoval Carlos Edmundo contra Ultramar Corporation y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate y sobre reivindicación .....	57
Riosucio (Tesorería de Rentas de) contra Crisanto Alvarez.—Colisión de competencias para conocer de este juicio ejecutivo.....	213	San Sebastián de Buenavista (Municipio de). Oposición a una propuesta para explorar y explotar petróleo, hecha por la Sociedad Industrial de Petróleos .....	474
Robayo Agustín.—Casación por lesiones personales .....	701	Sarmiento Benedicta contra Ezequiel Rueda Pinto.—Juicio ordinario sobre simulación... de un contrato .....	648
Rodríguez Mendoza Matilde contra José de Jesús Cely.—Juicio ordinario sobre filiación natural .....	604	Sarmiento José María.—Casación por lesiones culposas .....	170
Rodríguez Virgilio contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios. Apelación de un auto sobre objeciones a un dictamen pericial .....	216	Sarmiento José María.—Aclaración de la sentencia anterior .....	176
Rojas Ortega Gonzalo y José Alfonso Pabón Rincón.—Casación por homicidio .....	443	Serrano Uribe Guillermo A. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre perjuicios...	545
Rojas Aguilar José.—Casación por homicidio	355	Serrano E. Rubén Darío.—Colisión de com-	
Roldán Calle & Cia. contra el Departamento de Antioquia (Ferrocarriil de).—Juicio ordinario. Auto sobre recusación de un perito	820		
Rondón Juan N. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre rescisión de un contrato, por lesión enorme .....	840		
Royero Víctor M. contra la Nación y la Com-			

petencias para conocer de un proceso contra él ..... 743  
**Sonsón (Municipio de) y otros contra la Nación.**—Juicio ordinario sobre dominio de un terreno petrolífero ..... 263

— T —

**Téllez Angel María contra Ana Silvia Piñeros de Ospina.**—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta ..... 670  
**Texas Petroleum Company.**—Juicio breve y sumario sobre propuesta para explotar petróleo en Pipini. Recurso de súplica contra un auto ..... 185  
**Tinoco Hoyos Máximo.**—Sobreseimiento definitivo en su favor ..... 760  
**Tobón Joaquín E. contra el Departamento de Antioquia.**—Juicio ordinario sobre perjuicios ..... 851  
**Toro Correa Jesús María.**—Casación por hurto

— V —

**Vaca Torres Hernando.**—Casación por homicidio ..... 438  
**Valencia Restrepo Antonio.**—Proceso por intervención en política ..... 431  
**Valencia Jorge y Alvaro contra la Nación.** Juicio ordinario sobre nulidad de otro jui-

dio ..... 525  
**Valenzuela Marcos.**—Cambio de radicación de un proceso contra él, por calumnia e injuria ..... 713  
**Vallejo Angélica Francisco Marino.**—Casación por robo ..... 461  
**Vásquez Otero José Antonio y otros Magistrados del Tribunal Superior de Cali.**—Sobreseimiento definitivo en su favor por varios cargos ..... 417  
**Vela V. Víctor.**—Proceso contra él por abuso de autoridad ..... 716  
**Velásquez Correa Modesta.**—Casación por homicidio ..... 763  
**Victoria Leonilde y Ana Silvia contra Miguel Antonio Piedrahita.**—Juicio ordinario sobre restitución de unos semovientes y de sus frutos ..... 336  
**Villate Mariana contra Bonifacio Rojas y Pedro Pablo López.**—Juicio ordinario sobre reivindicación ..... 44

— Z —

**Zuleta Antonio contra el Departamento de Antioquia.**—Juicio ordinario sobre perjuicios ..... 847  
**Zurek Mesa Jorge y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona.**—Sobreseimiento definitivo en su favor, por varios cargos ..... 141

