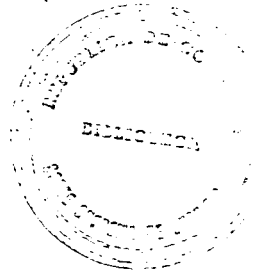


GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL:	DR. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR LABORAL:	DR. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR PENAL:	DR. JAIME BERNAL CUELLAR
RELATOR CONSTITUCIONAL:	DR. RODOLFO MORA MORA



TOMO CXLI — Bogotá, D. E. — INDICE de los Tomos CXXXVIII y CXXXIX de Enero a Dic. 1971

1

ABUSO DE AUTORIDAD

Los errores en el procedimiento no configuran por sí solos el elemento subjetivo de este delito.

Corresponde acoger, en su integridad, el concepto del Agente del Ministerio Público, porque la actuación del acusado, no da base al delito de prevaricato ni al de abuso de autoridad.

Esta última infracción implica que se “cometa o haga cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad”.

En el caso sub-judice, aun suponiendo que se hubiese incurrido en un yerro al dictar auto de detención, no revocarlo y negar la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., debe recordarse que los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado y aun en la aplicación de la ley sustancial, no permiten, por sí solos, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del C. P., cuando la buena fe preside aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe.

Esa condición psíquica de esta infracción penal obliga, cuando no resulta demostrada, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí mismo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que “otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales”, como lo señala la Corte, en providencias de 22 de octubre de 1945 (G. J. T. LIX, Pág. 998), de 1º de febrero de 1949 (G. J., T. LXV, Pág. 420) y de 24 de octubre de 1966 (G. J., T. CXVIII —bis—, Pág. 38), a saber:

“El elemento material de la infracción, es, pues, la ejecución de actos arbitrarios e 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 en casos de inconciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, éste es, el dolo, que consiste, en ese evento, en la voluntad o propósito de ‘cum-

plir 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 suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden, no basta la disparidad de criterios 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 apreciaciones ni el error demuestran, por sí solos, el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten criminosa en las actuaciones judiciales". Sala Penal, marzo 16 de 1971).

2

ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo 171 del Código Penal.

Los delitos por los cuales debe responder en juicio la sindicada, están contemplados en el Capítulo VI: "De los abusos de autoridad y otras infracciones", del Título III: "Delitos contra la administración de justicia" del Libro Segundo del Código Penal y, más concretamente, en los artículos 171 y 175 de la misma obra. Siendo de tener en cuenta que, según las modalidades que rodearon su ejecución, su origen, el agente activo y el sujeto pasivo, así como también la concurrencia de algunas mismas pruebas para establecer uno y otro, se está frente a delitos conexos los cuales, de acuerdo con el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, habrán de investigarse y fallarse en un mismo proceso.

No puede aceptarse la tesis sostenida por el Tribunal de primera instancia para preferir sobreseimiento de carácter definitivo consistente en que "no fue posible acreditar el propósito doloso" en la sindicada, porque el dolo genérico que se hace necesario para establecer estas infracciones de la ley penal se pone de presente, en el primer caso, al considerar que la juez procedió con pleno conocimiento de que los semovientes eran de propiedad de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", que estaban sometidos a un secuestro anterior vigente, cuya legalidad se le probó en el acto mismo en que tomó tal medida, advirtiéndosele, además, que con ese proceder estaba "usurpando jurisdicción y quebrantando un depósito en condiciones que hacen ya cuestión de carácter penal la diligencia misma", para lo cual se le argumentó largamente. Además, ella, como ya se dijo, por su condición de juez y de profesional del Derecho, estaba en la obligación de conocer las normas pertinentes las cuales, por otra parte, también le fueron puestas de presente antes de tomar las determinación por la cual se la incrimina. Y, en cuanto hace relación al segundo caso: la misma última consideración que viene de señalarse, unida a su conocimiento de la ley y a su larga práctica judicial, no le permitían desconocer que estaba en la obligación de adelantar oficiosamente la investigación que se derivaba de la denuncia formulada por el demandante y que a la demandada le correspondía conocer. (Sala Penal, 6 de agosto de 1971).

3

ABUSO DE AUTORIDAD

Art. 179 del C. P.

El inciso primero del artículo 179 del estatuto represor describe tres formas específicas de abuso de autoridad que se manifiestan cuando el agente (no cualquier funcionario, sino exclusivamente los de las ramas judicial y del ministerio público) acepta la ajena representación para actuar ante los jueces o las autoridades administrativas de las distintas esferas; o cuando simplemente aboga ante ellos; o cuando

aconseja a alguna de las partes vinculadas por la acción o la pretensión. Todas estas actividades violan la independencia de la administración pública general, la fidelidad debida al servicio que se presta y a la rectitud del comportamiento oficial, que debe mantenerse al margen de preferencias y desvíos.

En lo que concierne concretamente al hecho de abogar, la norma compromete al funcionario judicial o del ministerio público que sin recibir poder ni convertirse en consejero de éste u otro litigante, actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales o sin ellas, como ocurre en la agencia oficiosa, tratando de obtener determinada resolución, cualquiera que sea el empleado público a quien se dirija (nacional, departamental, municipal, de establecimientos públicos o instituciones de utilidad común). No es necesario, ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral o administrativo, ya que la ley no establece esta suerte de restricciones. Por el contrario, su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición el agente especialmente señalado en su texto que se empeña en gestión o gestiones ante cualquier autoridad, de cualquier dependencia, y sea cual fuere el fin perseguido o el reclamo en curso.

El precepto no establece limitaciones y por eso habla de asunto, o lo que es igual, de los negocios de que conocen los empleados públicos, a través de un proceso o de una situación determinada, cuestión que refrenda con el verbo abogar, que no sólo significa defender en juicio, sino también interceder por alguien, alegar en su favor, reclamar algo, prestar auxilio o protección a personas o cosas. Más aún, la acción de abogar no tiene el sentido parcial de defender verbalmente o por escrito, sino, igualmente, la de impugnar una conducta o una aspiración, ya que uno y otro extremo son manifestaciones del derecho y la justicia se ejerce a través del conflicto planteado por ellos. Detenerse en las acepciones del diccionario de la Academia de la Lengua, que reducen la acción sin tener en cuenta el artículo 27 del Código Civil, según el cual las palabras técnicas deben tomarse en el

sentido que les den los que profesan la ciencia o el arte en que esas palabras se emplean, es tanto como negar a la norma su extensión y finalismo tutelares. Aboga, pues, el que defiende y el que acusa, el que intercede y el que se opone, el que habla en pro de alguno y el que pide se le niegue el favor, el que reclama una cosa y el que niega la legitimidad u oportunidad de la reclamación.

Estas consideraciones llevan a rectificar dos jurisprudencias de la Corte, contenidas en autos de 5 de julio de 1943 y 31 de mayo de 1951, que concluyen así:

“Para que la infracción del artículo 179 se configure, son indispensables, pues, las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

“a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre partes; y,

“b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario judicial abogue, ésto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituirlos”. (G. J., T. LXIV, Pág. 571).

La conclusión transcrita fue explicada de este modo en la primera de las providencias citadas:

“Si de acuerdo con una forma de aceptación universal (artículo 27 Código Civil), las palabras técnicas de toda ciencia o arte deben tomarse en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, y si la acepción forense del verbo abogar es, según la Academia; la de defender en juicio por escrito, o de palabras, es lógico e incontrovertible que la prohibición impuesta a los funcionarios judiciales es la de asumir la defensa, ajena o propia, en juicio o controversia judicial en que se debaten derechos en conflicto.

Para el derecho, como quedó expuesto, aboga quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación. En otra forma se dejaría de aplicar el artículo 179. Para la Academia, aboga sólo

el que defiende. El artículo 27 del Código Civil obliga a acoger la significación lógica jurídica, según la cual la norma se construye para que opere, y donde ella no distingue tampoco corresponde distinguir al intérprete. Además, se repite que la norma no habla de **abogar en juicio**, sino en **asuntos**, expresión ésta de mayor significado gramatical y de más amplios alcances jurídicos. (Sala Penal, 5 de septiembre de 1971).

4

ACCION POSESORIA

Litisconsorcio, personería e inepta demanda tienen naturaleza jurídica propia y producen consecuencias distintas.

Todas esas figuras procesales tienen naturaleza jurídica propia e independiente y producen consecuencias distintas. Así, cuando habiendo un litisconsorcio necesario, no han sido vinculadas al juicio todas las personas que lo integran, la sentencia deberá ser forzosamente inhibitoria; la ineptitud de la demanda, si es por defectos formales de que ésta adolece, tiene lugar en los casos establecidos por el Art. 333 del C. J. y puede proponerse como excepción dilatoria, en los juicios en que tales remedios tienen cabida; en los demás eventos dicha ineptitud dice relación al presupuesto procesal de demanda en forma y determina que la sentencia sea inhibitoria; la ilegitimidad de la personería, que es motivo de nulidad según el numeral 2º del Art. 448 ibídem, se refiere únicamente a la representación de las partes en el juicio y sólo puede ser invocada por las que estuvieron mal representadas.

“Respecto de la segunda causal de nulidad prevista en el Art. 448 del C. Judicial, en varias ocasiones ha dicho la Corte, que ella no reza con cuestiones de fondo y que no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada” (G. J., LXXV, Pág. 740).

Si la persona contra quien se promueve un juicio carece de la legitimación pasiva para intervenir en él, o si habiendo litisconsorcio necesario no se demandó a todas las personas que lo integran, son estas cuestiones de fondo que no cabe resolver por la vía incidental de las nulidades y por ende que no encuadran dentro del marco de la causal 4ª de casación, destinada sólo a enmendar errores in procedendo. De esta suerte, si evidentemente se tratase en el presente caso de la indebida representación de la comunidad a que se refiere el recurrente, sólo ésta, es decir sus representantes legítimos, habrían podido solicitar durante el juicio que se decretase la nulidad aludida o alegar esa circunstancia como motivo de casación. (Casación Civil, enero 15 de 1971).

5

ACCION RESOLUTORIA

Condiciones de la acción resolutoria.

Conforme al Art. 1546 del Código, “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo.

a) El primer requisito consiste en “no haberse cumplido la obligación”, o “haberse cumplido imperfectamente”, o “haberse retardado el cumplimiento” (Arts. 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempos debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inciso tercero del Art. 1604 ibídem). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (Art. 1615 ibídem).

b) El segundo requisito estriba en que el contratante que pide la resolución del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones. (Véase Cas., junio 12 de 1970, ordinario de Emilio Yaar Nasser c. Concepción Salas de Lombardi, aún no publicada).

Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar en consideración la forma como el señor Bello redactó el Art. 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral "en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por ambos; y entonces "podrá el otro contratante" (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el Art. se le otorgan o reconocen, "Tal caso", al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por uno de los contratantes lo pactado y el otro sí haya cumplido o allanándose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas.

No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento. (Casación Civil, 9 de junio de 1971).

6

ACCIÓN RESOLUTORIA Y DESISTIMIENTO

Existe notable diferencia entre la acción resolutoria prevista por el Art. 1546 del Código Civil y el desistimiento de que tratan los Arts. 1882 y 1878 de la misma obra. Aquélla requiere sentencia judicial en que se decreta la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de

la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen. (Casación Civil, 9 de junio de 1971).

7

ACLARACION

La Corte en providencia de 31 de agosto de 1971, dice: "En la forma anterior quedan aclarados los conceptos a que se refiere el apoderado del Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto pudieran ser susceptibles de aclaración, sin que ésto implique una respuesta a los interrogantes planteados en su escrito, que no contienen propiamente una solicitud para aclarar conceptos". (Sala de Casación Laboral, agosto 31 de 1971).

8

ACTA DE AUDIENCIA

La ausencia de la firma de una de las partes no genera nulidad de ninguna naturaleza.

Como lo anota el Procurador, el acta de audiencia debe ser firmada por todas las personas que en ella hubieren intervenido. Se omitieron las firmas del representante de la parte civil y del apoderado de uno de los sindicatos. La suscribieron el juez, su secretario, los jueces del pueblo, el agente del ministerio público y un defensor. Pero la omisión ostensible en el acta de audiencia, de las firmas de dos personas de las varias que actuaron en ella, carece de la relevancia jurídica pretendida por el demandante. Consta en el acta la intervención del representante de la parte civil y, en igual forma, la de quien hizo la defensa de uno de los procesados. El acta recogió en detalle cuanto fue materia de la vista pública. Su contenido aparece abonado por el juez de

la causa y por su secretario. Y el veredicto de los jueces del pueblo fue protestado con sus firmas, al pie de la respuesta unánime que dieron a cada uno de los cuestionarios. El recurrente no acusa la falsedad del acta, no controvierte siquiera su exactitud. Apunta solamente la omisión de dos firmas, ninguna de las cuales era necesaria para dar fe sobre su contenido. Las partes que intervinieron en la diligencia, sindicatos, ministerio público, parte civil, rubricaron el acta, y con ellas, el juez y el secretario, quienes dan fe de lo ocurrido en la audiencia de juzgamiento. Si la omisión de la firma de los defensores fuera de carácter insubsanable, resonable solamente por la vía de la nulidad, fácil sería para los defensores prevenir los resultados adversos de sus actuaciones, evadiendo la firma de la crónica secretarial o acta de audiencia, y por este sendero de fácil acceso a las nulidades, la validez de la audiencia pública quedaría diferida a la buena fe, ratificada numerosamente, de los abogados de la defensa. La omisión anotada no constituye inobservancia de las formalidades propias del juicio, no menoscaba los derechos de la defensa, ni pretermite las garantías debidas a los acusados. Y ninguno de quienes omitieron estampar sus firmas en el acta ha reclamado ahora ni con anterioridad sobre la omisión misma y menos aún sobre la autenticidad de lo que en ella consta. (Sala de Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

funcionarios que en definitiva son competentes para conocer de tales ilícitos (sustracción de caudales públicos, fraude u otros actos delictuosos en el manejo de los fondos encomendados al empleado respectivo). (Decreto 2119 de 1960, Arts. 1º, inciso 2º y Art. 9º). De manera que las pruebas producidas con sujeción a tales normas, conservan plena validez legal dentro del proceso penal y, en consecuencia, ellas pueden y deben tenerse en cuenta por la autoridad judicial competente, previa la valoración respectiva que de ellas haga.

Además: aún prescindiendo de lo anterior —que no puede perderse de vista, esas Actas de Visita, producidas con el lleno de las formalidades legales, por funcionarios públicos, investidos de poder para ello y en ejercicio de sus funciones, constituyen documentos públicos o auténticos al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 del antiguo Código de Procedimiento Penal (Art. 261 del actual), de acuerdo con el cual “son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo”. Y, en el caso sometido a estudio, no se ha probado la falsedad de ninguno de aquellos documentos a los cuales se refiere el actor. (Sala de Casación Penal), Bogotá, 22 de octubre de 1971).

10

9

ACUMULACION DE ACCIONES

ACTAS DE VISITA

(Realizadas por Fiscales de la Contraloría, valor probatorio).

Las diligencias atacadas por el demandante tienen fundamento legal en los artículos 8º de la Ley 58 de 1946 y 1º del Decreto 2459 de 1953, así como también en el 3º del Decreto 2119 de 1960, disposiciones, la primera y la última citadas, que hacen relación al carácter “reservado” de tales diligencias, que habrán de ser enviadas a los

La acumulación o agregación de acciones en una sola demanda, autorizada por el artículo 209 del C. J., depende en su formulación, de la voluntad del demandante, es cierto, pero la procedencia del fenómeno no queda al amparo de su absoluta libertad: está limitada por la incompatibilidad que las varias acciones tengan entre sí, desde luego que el citado texto preceptúa que en el mismo escrito de demanda se pueden ejercitar varias acciones siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el juez sea competente para conocer de todas,

con la salvedad prevista en el numeral 1º de esa norma; b) Que a todas corresponda el mismo procedimiento; y c) Que aquéllas no sean contrarias o incompatibles entre sí, a menos de tratarse de una acumulación subsidiaria, "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

Lo cual quiere decir, como lo sostienen los doctrinantes en la materia, que la incompatibilidad de las acciones, como óbice para su acumulación, puede ser material o procesal. Hay incompatibilidad material, y por ende la acumulación deja de ser legalmente posible, cuando los efectos jurídicos de estas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos; y existe incompatibilidad procesal cuando el juez no es competente para conocer de todas, o cuando a ellas no les corresponde idéntico procedimiento. (Casación Civil, de febrero 22 de 1971).

11

ACUMULACION DE ACCIONES

Tres son las pretensiones que en forma eventual o subsidiaria se acumularon en el libelo introductorio del proceso: mediante la primera se persigue la resolución del contrato de promesa de permuta celebrado el 19 de octubre de 1949, con indemnización de perjuicios; en la segunda se impetra la declaración de que la finca "Santa Rita" no está sujeta a servidumbre de acueducto en favor del inmueble "El Reposo" y que, en consecuencia, se hagan los otros pronunciamientos que allí se determinan; y mediante la tercera se intenta reivindicar la faja de terreno que ocupan las demandadas en la finca "Santa Rita".

Acontece, empero, que la acumulación de tales pretensiones no se ajusta a la preceptiva del artículo 209 del C. J., entonces vigente, puesto que la segunda de ellas tiene

señalado un trámite especial, y, en consecuencia, la demanda resulta por esta razón formalmente inepta.

En efecto:

De conformidad con el precepto mencionado, en una misma demanda podían acumularse varias pretensiones siempre que concurrieran los siguientes requisitos: a) Que el juez fuera competente para conocer de todas, salvo la cuantía; b) Que pudieran "sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial"; y c) Que no fueran contrarias e incompatibles entre sí, a menos que se propusieran subsidiaria o condicionalmente.

En el caso sub-lite las pretensiones referentes a la resolución del contrato de promesa de permuta y a la reivindicación de una faja de terreno debían ventilarse mediante el trámite del juicio ordinario, en atención a que no tenían señalado en la ley un trámite especial. No así la que persigue la declaración de que el predio "Santa Rita" no está sujeto a servidumbre de acueducto en favor de la finca "El Reposo", ya que todas las controversias sobre servidumbres debían seguir el trámite especial establecido en los Arts. 872 y ss., del C. J., como reiteradamente lo vino diciendo la Corte desde 1954.

Si, como se deja visto, la pretensión sobre inexistencia de servidumbre de acueducto no podía tramitarse por el procedimiento del juicio ordinario, la acumulación de pretensiones hecha en la demanda introductoria del proceso resulta inadmisibles a la luz del Art. 209 del C. J. entonces vigente, por faltar el requisito indispensable de que "pueda sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

Este defecto formal de la demanda impide a la Corte proferir fallo de mérito, por ausencia del presunto procesal de demanda

en forma, y la lleva a proferir sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no sustancial. (Casación Civil, 19 de noviembre de 1971).

12

ADECUACION TIPICA DE LA CONDUCTA
DENOMINADA COMUNMENTE
"RAPONAZO"

Alcance del término violencia física ejercida
sobre las cosas o las personas.

Los delitos de hurto y robo

A la luz de la doctrina, el delito de robo es un hurto agravado por la violencia puesta en juego por el delincuente para apoderarse de los bienes muebles ajenos, con ánimo de lucro ilegítimo.

La autonomía de las dos figuras penales depende del criterio del legislador. En los códigos que las reúnen en un solo tipo delictivo, denominándolo hurto (como en Italia) o robo (como en Francia), la violencia es sólo una circunstancia agravante. En cambio, en las legislaciones que, como la colombiana, separan el robo del hurto, la fuerza contra las personas o contra las cosas es el elemento que determina la diferencia entre esos dos ilícitos penales.

No obstante, en algunos países y también en Colombia, la ley equipara a violencia algunos comportamientos del delincuente, que no la constituyen, para los fines de la sanción penal, como el abuso de la debilidad de un menor (violencia ficta).

El delito de robo en la legislación
colombiana

Dice el Art. 2º de la Ley 4ª de 1943:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amena-

zas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se le haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años.

"La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa, y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad".

Son condiciones típicas de esta infracción las siguientes:

a) Apoderamiento, o acción de desposeer a la víctima de un bien mueble, para tomar el agente ese poder de custodia y de disposición material sobre el mismo.

b) Cosa mueble, o ese asible, con valor económico, que puede ser sacado del ámbito de custodia y de disposición material de la víctima para entrar en la posesión (en ese campo de custodia y de disposición material) del delincuente.

c) Ajena, o que la posesión, en el alcance jurídico-penal, no esté legitimamente en el agente, sino, por cualquier motivo, en el sujeto pasivo de la infracción.

d) Animus lucrandi, o propósito del agente de obtener con la cosa robada un provecho ilícito.

e) Violencias, amenazas o abuso de la debilidad de un menor, o fuerza física contra las cosas o contra las personas, o violencia moral contra las últimas, o violencia presuntiva fundada en la imposibilidad física del menor para ofrecer resistencia a las pretensiones del agente.

Violencia física contra las cosas o contra
las personas

Es el caso de fijar el alcance jurídico de estas fuerzas, a fin de señalar si en el apo-

deramiento sorpresivo de las cosas que porta o lleva encima la víctima, se tiene la violencia que el delito de robo, en tales casos requiere.

a) **Violencia física contra las cosas**

No toda fuerza cumplida en las cosas da lugar a esa violencia física contra las mismas, estructurante del delito de robo. La diferencia entre el concepto genérico de la fuerza física y el alcance jurídico-penal de la misma, hace decir al tratadista Juan P. Ramos (Curso de Derecho Penal, Edit. Biblioteca Jurídica, Argentina, Buenos Aires, 1937, T. V, Pág. 168) que "también emplea fuerza en las cosas el que levanta un objeto pesado y se lo lleva", y no por ello se tiene el delito de robo.

Así pues, la violencia física "a las cosas", en el alcance jurídico-penal, implica una energía aplicada sobre los elementos materiales que protegen el bien de la codicia ajena y que llevan a que se le toma de manera no común u ordinaria o de un modo opuesto al "corriente y natural", expresión ésta última ("medio corriente y natural") empleada por varios tratadistas italianos. No es indispensable que la fuerza se cumpla sobre reparos que supongan de parte del dueño una expresa intención protectora del bien, como anota Sebastián Soler ("Derecho penal argentino", Edit. "Tipográfica Editora Argentina", Buenos Aires, 1956, T. IV, Pág. 256).

En fin, la violencia física contra las cosas implica:

a) Desarrollo de una energía de parte del agente, que bien puede ser incrementada con el uso de instrumentos adecuados a tal fin.

b) Que la cosa sobre la cual se despliega esa energía represente una resistencia efectiva, aun cuando no haya sido preordenada a la defensa de los bienes.

c) Que entre la violencia y el apoderamiento se dé una relación causal, un nexo de necesidad fáctica.

d) Que el apoderamiento tenga lugar por medios no comunes u ordinarios.

b) **Violencia física contra las personas**

En el delito de robo, el consentimiento del sujeto pasivo de la fuerza puede ser constraído mediante violencia física (vis absoluta) o con amenazas (vis compulsiva).

Pues bien:

1. Según el Diccionario ya citado, violencia es "acción y efecto de violentar o violentarse". Y violentar consiste en "aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia".

Si el medio violento puesto en juego por el agente para cometer el delito de robo lo dirige contra las personas, es natural que se trate de una fuerza física que venza la resistencia de la víctima. Y como resistir (según la obra antes aludida) es "oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra. Repugnar, contrariar, rechazar, contradecir", para que se tenga violencia física contra las personas en el alcance jurídico-penal del delito de robo, es necesario que la víctima contrarie o rechace la fuerza que contra ella ejerce el delincuente, lo que obviamente implica que aquélla tome conciencia de que se le hace objeto de esa violencia física, para oponerse.

2. Implica, entonces, que se tenga un quebrantamiento de la voluntad de la víctima para que se pueda hablar de violencia física contra las personas.

En la obra ya citada de Sebastián Soler (T. IV, Pág. 262) se anota que en la fuerza contra las personas, "no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima".

Puede esa violencia consistir en amordazar o maniatar a la víctima o en colocarla en imposibilidad de obrar (como ponerla en

estado de inconsciencia mediante soporíferos), eventos que en la legislación penal colombiana califican el delito de robo (Art. 404-4º).

El aprovechamiento de la imposibilidad de resistir de la víctima lo equipara el Código Penal Colombiano, a violencia (*vis ficta*), para definir este caso como robo, pero apenas cuando se trata del "abuso de la debilidad de un menor" (Art. 2º, Ley 4ª de 1943).

Si el ladrón sustrae la cartera a quien duerme, no se tiene robo sino hurto.

Esto, porque en el robo es necesario que la violencia física o moral influya sobre la voluntad del sujeto pasivo, dada la indispensable oposición que supera el delincuente.

Es obvio, entonces, que esa voluntad renuente, esa resistencia, esa oposición de la víctima respecto de la violencia ejercida por el ladrón, implica que aquélla advierta, siquiera, el ataque de éste. Tal sería el caso de quien arrebatara la cartera que porta una señora en el brazo o en la mano, ejerciendo fuerza sobre la manija de la misma para superar el esfuerzo que la víctima alcance a cumplir para impedir la desposesión.

Así, pues, la violencia física contra la personas requiere:

a) Despliegue de una energía de parte del agente contra la víctima para superar, al menos, su voluntad renuente a la desposesión del bien mueble que aquél se propone.

b) Que se manifieste en alguna forma la oposición o resistencia del sujeto pasivo al medio violento que pone en juego el ladrón.

c) Que entre la violencia y el apoderamiento se dé una relación causal.

4º El vulgarmente llamado "raponazo" y su calificación jurídico-penal

Ha tomado incremento en varias ciudades de Colombia el ataque al patrimonio económico ajeno desposeyendo a la víctima de las cosas muebles que porta o lleva encima, forma delictiva a que se ha venido denominando vulgarmente "raponazo".

La ley penal colombiana no hace de esta conducta un tipo delictivo especial, ni se ocupa de ella para asimilarla con alguna de las figuras punibles previstas para la tutela del patrimonio económico.

De ahí que su calificación jurídico-penal debe hacerla el juez según se tengan o no los elementos típicos de los delitos señalados en el Código Penal. Y como de una desposesión de los bienes muebles se trata, en la cual el agente no pone en juego ni amenazas, ni artificios o engaños, su clasificación escapa a los delitos de robo mediante violencia moral, de extorsión y de estafa.

Es obvio, entonces, que el vulgarmente llamado "raponazo" da lugar a un delito de robo mediante violencia física, contra las cosas o contra las personas, si estas formas de violencia se tienen, o constituye, apenas, un delito de hurto si aquellas violencias no existen.

La variedad de formas que el llamado "raponazo" reviste origina dificultades para su calificación como hurto o robo, lo que explica que en algunas legislaciones foráneas se unifique, de manera expresa, el tratamiento de esa conducta reprimiéndola como robo o como hurto agravado.

Así, pues, sin resistencia no puede darse el robo. Si de fuerza física contra las personas se trata, el conocimiento sólo que la víctima tome de la desposesión, así sea inmediatamente después de realizada, no equivale a resistir no constituye esa voluntad renuente a la desposesión, precisamente porque ésta ya fue cumplida.

Si la desposesión de los bienes muebles que la víctima porta o lleva encima se cumple sin violencia física contra las cosas y sin violencia física contra las personas, en el alcance de la ley penal colombiana se tiene hurto. Si el apoderamiento va acompañado de esa violencia física contra las cosas o contra las personas, se tiene robo. Esa zona intermedia entre el hurto y el robo, prevista de manera expresa en otras legislaciones para agravar la pena indicada para el primero, o para hacerla equivalente a la señalada para éste (Códigos de Italia, Costa Rica, Venezuela y Panamá, citados)

consistente en la desposesión de las cosas muebles que la víctima porta o lleva encima, sin que se tengan ni la violencia física contra las cosas, ni la violencia física contra las personas, no la trata la ley penal colombiana como circunstancia especial de agravación del delito de hurto, ni la trae como equivalente al delito de robo.

Ya se dijo cómo el Código Penal de Italia se ocupa de esa hipótesis intermedia de que se hizo mención en el ordinal 4º del Art. 625; y también se anotó cómo la conducta prevista en ese numeral no es en la ley italiana hurto con violencia física contra las personas, pues de estas dos modalidades trata ese estatuto en preceptos diferentes (Ord. 2º del Art. 625 y Art. 628 respectivamente), lo que indica que aquélla y éstas son diferentes.

Así, pues, el llamado "strappo" (Ord. 4º del Art. 625 de la ley penal italiana) y el vulgarmente denominado "raponazo" en Colombia, no son exactamente, equivalentes al apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las cosas o contra las personas. De conformidad con el Código Penal Colombiano, si la desposesión de la cosa mueble que lleva encima o porta la víctima se realiza sin violencia, vale decir, sin que se tenga esta condición del robo, es obvio que lo cometido es un delito de hurto.

De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima porta o lleva encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si ésto ocurre, se tiene el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto.

Los hechos averiguados no constituyen el delito de robo, pues el apoderamiento no lo cumplió el acusado, mediante violencia contra las cosas, ni contra las personas.

Si, como dice la ofendida, sólo sintió que le "raparon" la cartera cuando el sindicado, "por detrás", se apoderó de ella, es obvio que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita aseverar que se llevó a cabo violencia física contra las cosas (en su alcance jurídico-penal), ni violencia física contra la denunciante, pues más obró en la desposesión la sorpresa que la fuerza.

La víctima no manifiesta la manera como portaba la cartera materia del delito, ni fue preguntada por ese importante detalle. No se puede, entonces, siquiera suponer que el delincuente superó alguna resistencia material para cumplir el apoderamiento, como cuando la manilla es rota, por llevar la ofendida la cartera en el brazo, por ejemplo. Y resulta claro que la manera como el procesado realizó el hecho, acudiendo por detrás de la ofendida, excluye esa necesaria voluntad renuente u oposición a una supuesta violencia, pues la denunciante ni siquiera tomó conocimiento de que iba a ser objeto de la desposesión de su cartera, sino que, cumplida tal desposesión, empezó a solicitar que se aprehendiera al delincuente.

Una cosa es la falta de consentimiento del sujeto pasivo en lo que atañe a la desposesión y asunto distinto la resistencia o voluntad renuente respecto de la fuerza física que ponga en juego el ladrón. La ausencia de consentimiento es elemento indispensable tanto en el delito de hurto como en el de robo. En el hurto por sorpresa, como en cualesquiera otros casos de hurto, la víctima es desposeída sin su consentimiento, como igual debe suceder en el evento del robo. (Sala Penal, 14 de junio de 1971).

13

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se dijo ya como el recurrente omitió señalar en su demanda el alcance de la impugnación, requisito que implica que el impugnador precise sus aspiraciones como autor del recurso dando a conocer desde un principio si persigue como propósito obtener que la demanda que acusa sea casada en su totalidad o parcialmente, e indicar además en qué forma deba ser reemplazado,

en su caso, el fallo de instancia y además, que pasó por alto determinar los conceptos de la infracción o infracciones que imputa al sentenciador y que denuncia. Estas omisiones de ordinario comprometen el éxito del recurso, comoquiera que permiten a la Sala desestimar el cargo. (Sala de Casación Laboral, marzo 18 de 1971).

14

AMNISTIA E INDULTO

La concesión de una y otra gracia, según nuestro sistema constitucional, corresponde al Congreso. La aplicación del indulto es privativa del Presidente de la República, en tanto que la amnistía, puede ser aplicada por las autoridades judiciales, pues la Carta, no dice quién debe aplicarla.

En armonía con lo dicho, esta Sala de la Corte reafirma la doctrina expuesta en su providencia de 4 de julio de 1962 (G. J., T. XCIX, Nos. 2256 a 2259, Págs. 404 y ss.) en el sentido de que en el sistema constitucional colombiano la potestad de conceder indultos generales (perdón de la pena por delitos políticos) es propia del legislador (Art. 76, Ord. 19); que la aplicación de una ley de esa naturaleza, mediante la indicación de las personas condenadas a quienes favorece la medida (indultos particulares) es privativa del Presidente de la República (Art. 119, Ord. 4º), y que toda norma que confiera autoridad distinta la decisión de tal asunto, por ejemplo a la jurisdiccional, es incompatible, de modo manifiesto, con la Constitución y no puede por tanto tener operancia, pues los preceptos de la Carta priman sobre los ordenamientos meramente legales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 215 de la suprema ley.

En cuanto atañe a la amnistía como gracia general, entendida en el sentido restricto de causal que enerva la acción penal, de ejercicio actual o de posibilidad futura, por el querer del legislador de que se olviden en determinado momento ciertas violaciones de la ley penal para preservar la tranquilidad pública, su concesión, al igual que la del indulto, concierne al Congreso (C. N., Art. 76, Ord. 19). Pero la Carta no dice quién

debe darle aplicación a la norma de amnistía, ésto es, ordenar la cesación del procedimiento en los negocios en curso, y por ello bien puede la ley disponer que sean autoridades judiciales las que decidan sobre esa gracia, como lo hizo la 36 de 1945 (Art. 5º), y como se prescribió en los Decretos 1823 de 1954 (Art. 2º), 2062 del mismo año (Art. 1º) y 250 de 1958 (Arts. 320, Ord. 4º y 324, Ord. 4º).

Conclusión obligada de las precedentes consideraciones es la de que la Corte carece de competencia para resolver solicitudes de indulto, por ser asunto constitucionalmente reservado al Presidente de la República, pero sí tiene capacidad para conocer de las apelaciones de las sentencias sobre amnistía, porque esa atribución se la confiere el Código de Justicia Penal Militar (Arts. 320, Ord. 4º, y 616) y no existe norma de la Constitución Política que a ello se oponga. Se ratifica y aclara así la providencia de esta Sala de 4 de julio de 1962, a la que se hizo anterior alusión. Y conviene aquí recordar que la Corte, después de ese pronunciamiento, ha conocido, por apelación, de resoluciones del Tribunal Superior Militar sobre amnistía. Tal aconteció a guisa de ejemplo, en el proceso seguido contra Alonso o Alfonso Valero y otros, asunto que desató esta Sala en proveído de 2 de marzo de 1967.

Es explicable que la Constitución atribuya al Presidente de la República la concesión de los indultos individuales, declarados de manera general e impersonal por ley del Congreso, pues siendo los agraciados condenados en procesos concluidos, la medida, aunque tiene que ver con la administración de justicia, se acerca a la esfera propiamente administrativa, como que el efecto primordial del indulto es el de enervar la ejecución de la sanción.

La Constitución Nacional señala como atribución del Congreso, que ejerce por medio de ley, la de conceder amnistía o indultos generales por delitos políticos, por graves motivos de conveniencia pública (Art. 76, Ord. 19).

La propia Carta contempla como función del Presidente de la República en relación

con la administración de justicia, la de "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad" (Art. 119, Ord. 4º).

De las normas constitucionales resulta evidente que es del exclusivo resorte del Congreso la concesión, por medio de ley especial, dada la mayoría calificada que para su expedición se requiere, de amnistía o de indultos de carácter general o impersonal, cuando las conveniencias públicas aconsejen el abandono de la represión penal de infracciones de tipo político, en interés de "la masa de la Nación", y que la competencia para otorgar los indultos particulares, indicando a los agraciados, en desarrollo o ejecución de la ley y ciñéndose a sus prescripciones, es exclusiva del jefe del Ejecutivo.

No dice la Constitución en el artículo 119, ni en ningún otro de sus preceptos, quien debe aplicar las disposiciones legales de amnistía y por ello bien puede el legislador determinar en cada caso la autoridad encargada de conceder el beneficio a los sindicados que resulten favorecidos con él.

Aunque sustancial o intrínsecamente no existen diferencias entre el indulto y la amnistía, como que uno y otro aparejan como consecuencia, por mandato de la ley, la impunidad de los autores de delitos políticos, en determinado momento histórico, por el bien supremo de la paz social, la propia Constitución Nacional permite precisar la nota distintiva entre los dos institutos, relativa al estado de los procesos sobre los cuales opera la gracia, consistente en que el indulto se prevé para los reos condenados por sentencia ejecutoriada, mientras que la amnistía se da a procesados sub-judice. El indulto, observa José María Samper, "reconoce el delito cometido, lo exime de pena y levanta todo castigo", mientras que la amnistía "desconoce el delito o previene todo juzgamiento". (Derecho Público Interno, Tomo II, Pág. 167). (Sala Penal, marzo 23 de 1971. Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

15

AMNISTIA E INDULTO

Estas gracias fueron consagradas por los Decretos legislativos 1823 y 2062 de 1954, para los delitos políticos cometidos sin atrocidad, antes del 1º de enero del año antes citado y ambas aparejan similares consecuencias; la impunidad.

El Decreto legislativo 1823 de 13 de junio de 1954, expedido en uso de las facultades que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, concedió amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero de ese año, entendiéndose por tales "todos aquéllos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno", o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos.

El mismo Decreto, por medio de su artículo 3º, concedió igualmente indulto para los condenados en sentencia ya ejecutoriada por los delitos señalados en el artículo 1º, y dispuso que el juez o tribunal que hubiera proferido la sentencia de primera instancia ordenara, de oficio o a petición de parte, la libertad incondicional del reo acreedor a dicho beneficio, en resolución apelable ante el Tribunal Superior Militar.

En el artículo 4º del Decreto en cita se estableció que la amnistía y el indulto "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral".

El Decreto legislativo 2062 de 8 de julio de 1954 determinó la competencia para otorgar las aludidas gracias, así:

a) Atribuyó al Tribunal Superior Militar la resolución de solicitudes de amnistía, y prescribió que sus providencias no serían consultables pero sí tendrían apelación para ante la Corte Militar de Casación y Revisión (Arts. 1º y 3º).

b) Asignó privativamente a la Corte Militar de Casación y Revisión el determinar,

sobre cada petición de indulto, "si se trata de delito o delitos políticos conforme a las prescripciones del artículo 1º del citado Decreto (el 1823), y también si se trata de crimen atroz, para efectos de conceder o negar el indulto" (Art. 2º).

Igualmente dispuso el Decreto 2062, en sus artículos 7º y 8º, lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 7º Cuando se trate de procesos no fallados definitivamente, y uno o más delitos no permitan el otorgamiento de la amnistía, el Tribunal dirá cuáles quedan exceptuados de esa gracia y mandará devolver el proceso a la autoridad correspondiente, para que se continúe el procedimiento respecto de los hechos excluidos del beneficio".

"Artículo 8º Los reos que se consideren con derecho al beneficio del indulto otorgado en el Decreto 1823 de 1954, podrán dirigir sus solicitudes a la Corte Militar de Casación y Revisión, la cual procederá inmediatamente a pedir el proceso original a la oficina donde se encuentre archivado, según las previsiones del artículo 5º".

Posteriormente, el Decreto legislativo 250 de 1958, por el cual se expidió el Código de Justicia Penal Militar, adoptado como ley por la 141 de 1961, señaló como facultad del Tribunal Superior Militar la de "resolver en primera instancia sobre el beneficio de amnistía" (Art. 324, Ord. 4º) y fijó, entre las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la de "decidir las solicitudes de indulto" y "conocer, por apelación, de las sentencias sobre amnistía proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar" (Art. 320, atribuciones 2ª y 4ª). Y en el artículo 616 dijo:

"Los Decretos 1823 y 2062 de 1954 sobre amnistía e indulto continúan vigentes, pero el indulto será resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, así como las apelaciones sobre amnistía".

De las normas anteriormente mencionadas resulta claro para la Corte que en ellas se hizo una distinción entre amnistía e in-

dulto, no de carácter sustancial, como que ambos fenómenos versan sobre la misma materia (delitos políticos, cometidos sin atrocidad) y aparejan similares consecuencias (impunidad), sino por el aspecto procedimental, en cuanto al estado de los procesos y a la competencia para otorgar aquellas indulgencias en los casos particulares o individuales, pues la amnistía se consagró como medio extintivo de la acción penal respecto de los procesos en curso, mientras que el indulto se estableció como causa extintiva de la condena en procesos finalizados por sentencia ejecutoriada, y se señalaron diversas autoridades para resolver acerca de una y otra de aquellas gracias. (Sala Penal, marzo 31 de 1971).

16

ANORMALES

(Su responsabilidad en materia penal)

Campea en la actual legislación penal colombiana, como lo han sostenido reiteradamente esta corporación y numerosos tratadistas, el principio de origen positivista de la imputabilidad y de la responsabilidad legal, consagrado por el artículo 11 del Código respectivo, en los siguientes términos: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código. Se infringe la ley penal por acción u omisión". Las expresas excepciones a las cuales se refiere son las contenidas en los artículos 23, 24 y 25 del mismo estatuto y, como señala el Tratadista Pérez, algunas otras que pueden encontrarse en los artículos 141, 382, inciso 3º, 430 y 431 de la misma obra ("Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1967, Pág. 532). Y como la norma transcrita no hace excepción ninguna —y mal podría hacerla en atención al principio que la orienta— entre normales y anormales, síguese que salvo en los casos expresamente exceptuados por élla, toda persona que infrinja la ley penal, es responsable.

Según artículo 12 del mismo Código "Las infracciones cometidas por personas que no

estén comprendidas en las disposiciones del artículo 29, son intencionales o culposas'. Y, de acuerdo con el 29, "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro". De manera que toda persona que cometa un hecho definido y sancionado como delito, sea ella normal o anormal, es responsable. La diferencia que media entre las normales y las del artículo 29 hace relación únicamente a la clase de sanción a la cual se hacen merecedoras: Para las primeras, las "Penas" del Capítulo I del Título II y para las segundas, las "medidas de seguridad" del Capítulo II del mismo Título. De ahí que con toda razón haya podido decir el tratadista citado por el demandante, en la misma obra que invoca:

"El artículo 29 se refiere a delitos cometidos por enajenados mentales, intoxicados crónicos por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o por anómalos psíquicos. Tratándose de esta clase de personas anormales, en quienes los procesos mentales se cumplen en una forma atípica o irregular, su responsabilidad penal se afirma atendiendo únicamente a la realización física o material del hecho previsto como delito y a la peligrosidad revelada por el agente con su conducta. Basta, para la formulación de la imputación, la ejecución objetiva del hecho, sin referencia a la intención o a la culpa, de las cuales no son jurídicamente capaces para los fines de la ley penal; la incriminación tiene por objeto la imposición de las medidas de seguridad contempladas en los Arts. 61 y ss. Conviene recordar aquí lo dicho por los Comisionados para la redacción del Código Penal:

"En caso de infracción cometida por anormales basta la simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le apliquen las sanciones o medidas de seguridad que se establecerán oportunamente. De suerte pues que las figuras del dolo y de la culpa sólo deberán estudiarse en las infracciones cometidas por normales" ("Lecciones de Derecho Penal", Luis Eduardo Mesa Velás-

quez. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1962, Págs. 103 s.). Y, en un párrafo de la cita que el demandante omite: "En el sistema positivista, siempre se es imputable, pero se puede ser o no culpable, según que exista o no vinculación subjetiva del agente con el hecho cometido" (id. Pág. 233).

Mas para que pueda hablarse de responsabilidad por infracción de la ley penal así como también de "Sanción", trátase de "Penas" o de "Medidas de seguridad", usando la terminología del Código, en atención ésto último al estado mental del agente activo del delito, es preciso establecer de manera clara y concreta qué norma penal tipificadora de un delito se quebrantó, cuál fue la disposición infringida que señala tales elementos.

Entonces, desde el punto de vista procedimental, se hace necesario adelantar la correspondiente investigación penal, la cual habrá de culminar con auto de sobreseimiento temporal o definitivo, con aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal vigente (antes 153) o con auto de llamamiento a juicio de la persona o personas sindicadas y por determinado delito o delitos. Cuando ocurre esto último, en la pieza enjuiciatoria tiene que precisarse y concretarse los cargos y debe señalarse, en la parte motiva, la norma o las normas expresadas que se consideran violadas y por cuya infracción debe responder el acusado. De manera que es indispensable formular esta precisión: saber cuál norma concreta es la infringida. Porque si no se establece infracción alguna de la ley penal, no cabe el que se deduzca ninguna clase de responsabilidad de esa índole contra determinada persona, sea ésta normal o sea anormal, según las voces del artículo 29 ya transcrito, punto éste de anormalidad que llegado el caso, también debe quedar plena y claramente definido. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 22 de octubre de 1971).

17

Aplicación de la ley más favorable.

La providencia —(la que decretó la nulidad— se notificó al apoderado constituido

por el procesado sin que fuera objeto de reclamación alguna como tampoco en el curso de la tramitación y, por otra parte, no se advierte el perjuicio porque, como lo anota la providencia, se permitió, en virtud de la decisión, que se cumplieran con la presencia del procesado actuaciones tan importantes como el período probatorio. No se quebrantó garantía o fórmula alguna del juzgamiento sino que, por el contrario, se ofreció nueva oportunidad de solicitar pruebas. En cuanto a la demora, no se advierte el perjuicio, por haber eludido el acusado la justicia y por último, la tasación de los perjuicios no derivó de la aplicación de las nuevas normas procesales sino del delito que conforme a la legislación sustantiva, ocasiona la correspondiente indemnización, como fuente de obligaciones" (id. Fls. 21 sgt.).

La Corte hace suyas las anteriores argumentaciones porque las encuentra ceñidas a la realidad procesal y a la ley. En efecto:

El auto por medio del cual se decretó la nulidad en debate, fue legalmente notificado a las partes, sin que por ninguna fuera protestado. Así, una vez ejecutoriado, se convirtió en ley del proceso, cuya validez y cumplimiento no podían quedar al arbitrio de las partes. Desde el momento de su ejecutoria, tenía que surtir los efectos propios emanados de él.

Mas, desde otro punto de vista, podía el juez decretar la nulidad que decretó para aplicar, en lo subsiguiente, el nuevo procedimiento, fijado por las disposiciones que entraron a regir con posterioridad a las anteriores actuaciones? El funcionario fundamentó su determinación en que por disposición del Decreto 1822 de 1964, el 1358 de ese mismo año inició su vigencia, excepto en su artículo 65, el 1º de septiembre del 64; este Decreto "señala el procedimiento a seguir en los negocios penales, quedando sin valor alguno normas del procedimiento antiguo"; entonces, "se debe volver por la legalidad del nuevo procedimiento ahora en vigencia, el cual favorece al procesado, no sólo por las normas en sí que están en vi-

gencia, sino porque él se encontraba al margen de la ley y no se presentó nunca a estar a derecho en el juicio" (Fl. 150).

Es cierto que por mandato del artículo 14 del Decreto 1822 de 1964, las normas del 1358 sólo se aplicarán a los procesos iniciados a partir del 1º de septiembre de ese año. Mas en su parte final dispone que "podrá aplicarse también a los procesos en curso cuando fuere más favorable al procesado". Y este criterio de favorabilidad fue el que guió al juez para decretar la nulidad, según se consignó en la respectiva pieza. Criterio que es acertado en el caso concreto sometido a estudio ya que, gracias a esa nulidad, el procesado tuvo oportunidad, a más de designar defensor, la de contar en su favor con la etapa probatoria del juicio, de cuya iniciación fue legalmente notificado. En estas condiciones, no se ve en qué se quebrantaron las garantías consagradas en favor de los procesados por el artículo 26 de la Constitución, por lo cual este cargo también habrá de desecharse ya que, por lo demás, como lo anota el Procurador, el exceso en las demoras se debió a que el sindicado se encontraba huyendo de la justicia y, la indemnización decretada, tiene su origen en la ley que obliga aquélla a quien ha cometido delito. (Casación Penal, 3 de noviembre de 1971).

18

APODERADO

Facultades. Su personería no surge del auto que lo reconoce.

Cuando una persona natural o jurídica otorga poder especial para que se la represente como demandada en un juicio sin restricciones expresas, el apoderado adquiere personería para intervenir como representante de esa persona en todo el curso del litigio, sean cuales fueren las implicaciones que éste puede llegar a tener, salvo en lo relativo a confesión que no se haga en la respuesta de la demanda o en escrito de excepciones, y a las facultades de recibir, desistir y transigir, todo lo cual requiere mandato expreso. Entre las posibles implicacio-

nes de la actuación está comprendida la de que la demanda sea corregida dentro de los límites legales; por consiguiente el apoderado del demandado puede recibir válidamente el traslado de la corrección.

La personería de los apoderados judiciales para actuar en representación de sus mandantes, no surge del auto en que se los reconoce como tales, sino del poder legalmente aducido a los autos y aceptado por el mandatario. (Casación Civil, febrero 24 de 1971).

19

ASIGNACION MODAL

Si se asigna algo a una persona con la obligación a aplicarlo a un fin especial, esta obligación es un modo y no una condición suspensiva.

De conformidad con lo estatuido por el artículo 673 del Código Civil Colombiano, la sucesión mortis causa es modo de adquirir el dominio de los bienes de la persona que fallece.

Con el propósito de que se opere el referido fenómeno, y por ende que los derechos que de él dimanar se hagan efectivos, la ley ha establecido un trámite judicial, denominado proceso de sucesión, cuyo fin es por tanto la liquidación y partición de los bienes herenciales, previa su determinación y la de las personas entre quienes han de distribuirse.

La copropiedad que a la muerte del causante se forma sobre su universalidad patrimonial entre quienes según la ley o el testamento sean los asignatarios, termina con la partición que es la última etapa del proceso sucesorio. Mediante la acción de partición se persigue, pues, dividir la comunidad herencial para concretar el derecho abstracto que en ella corresponde a cada uno de los partícipes.

Por cuanto el de sucesión es proceso universal, o sea que en él se toma cuenta de todo el patrimonio dejado por el causante, es natural que en la liquidación de la mortuoria se provea al pago de las deudas, destinando en la partición los bienes para aten-

der la solución de las hereditarias y las testamentarias.

La necesidad de formar la hijuela de deudas en toda partición en que las haya, es tan imperiosa que la misma ley la impone como obligación al partidor (Art. 1393 C. C.); como deber del albacea para exigir que se haga (Art. 1343 ibídem); y, además, ordena que la misma partición hecha por el causante se modifique, no sólo cuando es contraria a derecho sino también cuando omite proveer, en todo o en parte, al pago de las deudas (Art. 1375 C. C. y 619 del C. de P. C.).

Y si en principio los bienes que integran la hijuela de deudas deben adjudicarse a todos los herederos, en común, no hay obstáculo legal que impida hacerlo a uno solo de ellos, cuando todos son capaces, el que, al aceptar la adjudicación adquiere la obligación de cancelar las deudas y reintegrar a los copartícipes el saldo sobrante, si lo hubiere.

Este procedimiento se apoya en la misma ley que autoriza a los herederos para que en la partición, por convenio mutuo recojan las deudas entre ellos, de modo diferente al de distribuirlas a prorrata de sus cuotas hereditarias (Art. 1416 C. C.); y ordena que si alguno de los herederos quiere tomar a su cargo mayor cuota de las deudas de la que le correspondiera a prorrata, bajo alguna condición que los otros acepten, se accederá a ello (Art. 1397 ibídem).

El artículo 765 del C. C., en su inciso 4º, atribuye el carácter de título traslativo de dominio a los actos legales de partición; y el 1401 ibídem estatuye que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión". Hecha, pues, la partición y registradas legalmente ella y la sentencia aprobatoria, por mandato legal el acto partitivo tiene efectos retroactivos de dominio; las respectivas hijuelas declaran un derecho, con eficacia bastante mientras no se les oponga por terceros un título o un hecho que los desvirtúe. Declaran que al heredero

se le adjudicaron bienes que hacían parte de la universalidad herencial; que por el modo de sucesión por causa de muerte adquirió la propiedad que el de cujus tenía sobre las especies que a aquél se adjudican; y, consiguientemente, como en forma constante lo ha dicho la Corte, dichas hijuelas tienen mérito de probar en juicio la titularidad del derecho adjudicado, a menos que se acredite uno que sea preferencial.

A términos del Art. 1147 del Código Civil, precepto éste aplicable a las obligaciones convencionales por disposición expresa del Art. 1550 de la misma obra, "si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

La norma transcrita, distinguiendo entre condición y modo, deja ver claramente que en la asignación modal el asignatario hace suyo el respectivo objeto de ella. Aun cuando el modo en la asignación es parecido a la condición, similitud que torna difícil distinguir el uno de la otra, hay sin embargo entre los dos tan esencial diferencia que obliga rechazar la confusión posible; mientras la carga no impide que el derecho del asignatario nazca desde la muerte del causante, ni suspende la adquisición de la cosa asignada; la condición, en cambio, deja sin efecto la asignación si el suceso positivo previsto no acaece, o si ocurre el negativo.

De ahí que, como lo ha dicho la Corte, "la asignación modal debe hacerse a la persona a quien el testador encarga la ejecución del modo, en propiedad, para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituido para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante" (G. J. Nos. 2181-2182, Pág. 37). (Casación Civil, 9 de noviembre de 1971).

20

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL

Esta sala, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 143 del CST, la cual debe hacerse precisamente antes de aplicarlo en un caso concreto, para evitar que surta efectos respecto a una situación no regulada por él.

Se ha definido con claridad como no es posible que la norma mencionada pueda aplicarse en casos de reemplazo de un trabajador por otro, porque entonces ya no sería cumplir el principio "a trabajo igual salario igual" sino otro distinto, "a cargo o puesto igual salario igual", cambiando entonces el primer supuesto fundamental, la actividad humana libre de que trata el artículo 5º del CST, por concepto diferente. (Sala de Casación Laboral, marzo 30 de 1971).

21

AUDIENCIA PUBLICA

Hubo una renuencia del defensor al derecho de realizar una segunda intervención en vista pública de la causa, no por tácita menos evidente, procedimiento que, como lo observa el Procurador, es de frecuente usanza en las audiencias que se desenvuelven ante el Jurado, tanto el representante del Ministerio Público como el de los acusados hicieron uso de la palabra durante el tiempo que estimaron necesario y conveniente, sin limitaciones externas de ninguna índole, razón por la cual se expresa con verdad en el fallo recurrido que "el derecho de la sociedad y el de los encausados guardó perfecto equilibrio". (Sala de Casación Penal. Bogotá, D. E., 18 de noviembre de 1971).

22

BALDIOS

El juicio de oposición a su adjudicación es controversia entre particulares en que no es parte la Nación.

Como se deduce de lo estatuido por los artículos 74 del Código Fiscal y 5º del De-

creto 547 de 1947, el juicio que surge con motivo de la oposición que se formula a la solicitud de adjudicación de terrenos denunciados como baldíos, tiene por objeto propio discutir y resolver si al opositor le asiste o no mejor derecho sobre el fundo a que se refieren el denuncia y la oposición. Según su específica finalidad son partes en la controversia, de un lado el denunciante, quien sostiene que el terreno denunciado es baldío y que tiene mejor derecho a su adjudicación como ocupante y cultivador; y de otro el opositor, quien invoca un derecho preferencial, porque alega una ocupación anterior, o porque aporta títulos de propiedad privada.

Se trata, pues, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, de una controversia entre particulares, cuyo conocimiento corresponde, en primera instancia, a los Jueces de Circuito y no a los Tribunales Superiores, porque en ella no figura la Nación como parte (G. J., T. XXXV, Pág. 120; LXV, Pág. 871; XCI. Pág. 1277). (Casación Civil, 8 de mayo de 1971).

23

BUENA FE PATRONAL

Las condenas principales o por los extremos primeros de la litis podían producirse, como lo fueron, en razón de las pruebas atinentes a ellos y de las interpretaciones de ley de los juzgadores; pero ello no imponía la sanción moratoria, porque las piezas de que se ha hecho mérito demuestran que el patrono tuvo razones para su conducta y ellas, en las circunstancias de autos, se manifiestan atendibles. (Sala de Casación Laboral, diciembre 14 de 1971).

24

BUENA FE PATRONAL

Artículo 65 del C. S. T.

En el documento que obra a folios 27 de fecha abril 17 de 1969, el demandante hace constar que recibió los papeles correspondientes a la liquidación de sus prestaciones y que por no estar de acuerdo con ella, hace

devolución de los cheques que le envió la sociedad demandada. A folios 25 se encuentra la liquidación. Habiendo terminado el contrato de trabajo el 25 de marzo de 1969, la Sala considera como prudencial el período utilizado por el patrono para hacer la consignación del valor de las prestaciones y salarios el 25 de abril del mismo año, pues además, aún antes de terminarse el contrato de trabajo existió controversia sobre el porcentaje en que debían liquidarse las comisiones, lo que incidió para demorar la liquidación de las prestaciones. Este período prudencial que se tomó la sociedad demandada, la exonerada de la indemnización por mora, pues no puede imputársele mala fe. En consecuencia prospera el cargo. (Sala de Casación Laboral, junio 30 de 1971).

25

Buena o mala fe (del poseedor calificada por la ley).

La doctrina jurisprudencial ha dicho insistentemente que la calificación que haga el Tribunal sobre si una persona es poseedora de buena o mala fe, es asunto que sólo puede variarse en casación si se demuestra que el fallador cometió un error evidente de hecho en esa conclusión. Pero esta doctrina no tiene la rigidez que aparentemente resulta de la forma como siempre se ha enunciado, pues admite excepciones que son precisamente los casos en que esa calificación no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal, sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla. Cuando el artículo 1932 del C. Civil determina que para el abono de los deterioros al vendedor, en el caso de resolución de la venta por no haberse pagado el precio, el comprador será considerado como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado, está haciendo una calificación que, de no ser aceptada por el fallador determinaría su violación. De consiguiente, si el Tribunal,

en el ejemplo presupuesto, considerara al comprador como poseedor de buena fe, contrariando lo que la misma norma estatuye, no violaría la ley de modo indirecto por la comisión de un error de hecho, sino por vía directa, por falta de aplicación de la norma que previamente ha calificado como poseedor de mala fe al comprador cuando la venta ha sido resuelta por falta de pago del precio y no demostró la causa de exculpación que la misma ley señala.

Ajústese, entonces, a la técnica de casación el ataque formulado en este último cargo; y es acertado, además. En efecto, expresamente dispone el artículo 1948 del C. Civil, que decretada la rescisión por lesión enorme, no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Entonces, si para resolver una situación expresamente contemplada en el Art. 1948 citado, atinente a la rescisión por lesión enorme, el Tribunal aplicó lo dispuesto en el Art. 1932 de la misma obra que regula una situación diferente que concierne a la resolución del contrato de venta por no haberse pagado precio, conclúyese certeramente que infringió por la vía directa y por aplicación indebida esta última disposición y, por falta de aplicación, la primeramente citada. (Casación Civil, julio 9 de 1971).

26

CADUCIDAD

Cuando la ley determine un plazo para ejercer una facultad, el dejarlo vencer sin ejercerla cierra toda posibilidad posterior para su ejercicio.

En el estudio del cargo anterior se mostró cómo el demandante dejó caducar el término que le concedía el artículo 267 del C. S. del T. para reclamar el derecho que ahora pretende se le reconozca, planteando una tesis inadmisibles a todas luces, pues si perdió la acción consagrada en la norma vigente cuando fue despedido y que continuó rigiendo durante el año siguiente a éste, mal puede aspirar a que se le aplique una dis-

posición que nació a la vida jurídica nueve años después de producida la caducidad anotada. Es claro que la prevención de dicho término no se modifica por el surgimiento de la nueva norma (artículo 8º de la Ley 171 de 1961), ni ésta puede tener virtualidad para revivir una acción desaparecida antes de su vigencia. (Sala de Casación Laboral, octubre 13 de 1971).

27

CAJA NACIONAL DE PREVISION

Ahora bien, en conformidad con lo dispuesto por el Decreto-ley 1600 de 1945, relacionado con la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 10: "El Gerente será el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva; en las reuniones tendrá voz pero no voto".

La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social autorizada por los artículos 9º, numeral 1º del Decreto 1600 de 1945 y 3º del Decreto 3104 de 1953, elaboró los estatutos aprobados por Acuerdo Nº 16 de 25 de febrero de 1963 en cuyo artículo 14 se dice que: "El Director General es el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva. En las reuniones de ésta, tiene voz pero no voto".

Este acuerdo contentivo de tales estatutos fue aprobado por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 711 de primero de abril de 1963.

En el artículo 10 de los mencionados estatutos de la Caja Nacional de Previsión Social ordinal 5º se autoriza a la Junta Directiva para "Crear las seccionales o agencias que sean indispensables para el cabal cumplimiento de los fines de la Caja". Pero, en parte alguna delega en los directores o gerentes de las seccionales o agencias la representación legal de la Institución, que compete sólo al Gerente o Director General, según lo disponen los decretos precitados. (Sala de Casación Laboral, julio 27 de 1971).

28

CALIDAD DE HEREDERO

La falta de prueba de la calidad de heredero, cuando actúa como tal, no constituye ausencia de legitimación en causa, sino del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

A partir del fallo de 21 de julio de 1959 (G. J., XCI) la Corte, acogiendo en ese punto la tesis expuesta por Enrico Redenti, viene enseñando insistentemente que quien actúa apoyado en su calidad de heredero, no obra en nombre propio, ni lo hace en representación de otra persona, puesto que la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones, por carecer de personalidad jurídica; quien así actúa, obra autónoma y exclusivamente en virtud de la calidad de heredero de que está investido. Ello demuestra que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, la cual se ofrece cuando se obra no en nombre propio o en representación de otra persona, sino en ejercicio de un cargo o de una calidad como la de heredero. Esta doctrina le dio piso sólido a la Corte para revaluar la que predicaba que la calidad de heredero de quien obra con ese carácter por activa o por pasiva, constituía uno de los elementos estructurales o condiciones de la acción y que, por tanto, la falta de prueba de esa calidad entrañaba ausencia de legitimación en causa, por lo que, en tal evento, se imponía el pronunciamiento de fallo absolutorio. Desde la sentencia citada, invariablemente la Corte ha sostenido que las cuestiones atinentes a la demostración de su calidad de heredero en quien dice obrar como tal, "pertenecen al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso, y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido sosteniendo por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material".

Conviene aclarar, por vía de rectificación doctrinaria, que la legitimación en causa, que la ostenta el demandante cuando es legalmente el titular del derecho subjetivo que invoca, y el demandado cuando la ley lo enseña como la persona obligada a ejecutar la prestación correlativa al derecho del demandante, no es un presupuesto procesal, sino uno de los requisitos de mérito o condiciones de la acción indispensables para la prosperidad de ésta.

También, en forma reiterada, ha dicho la Corte que la nulidad por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figura como su apoderado o representante, consagrada en la causal segunda del Art. 448 del C. Judicial, se refiere exclusivamente a los casos en que las partes o una de ellas fueron indebidamente representadas o cuando falta la capacidad procesal o legitimatio ad processum en uno o varios de los que intervienen en el juicio, pero no se refiere a la falta de legitimación en causa por activa o por pasiva, ni a la falta de prueba de la calidad de heredero de quien en ese carácter comparece al juicio.

Es asunto claro que la sucesión no es persona jurídica. Por tanto, cuando se demanda a determinada persona como su representante o cuando se demanda en representación de ella, quien demanda o quien es demandado en tal carácter, comparece o es citado al juicio en su calidad de heredero, por lo cual obra autónomamente en virtud de esa calidad y no en nombre propio o en representación de otra persona. De consiguiente, quien demanda o es demandado "en representación de la sucesión", sin que obre la prueba de su calidad de heredero, no representa indebidamente a la sucesión pues, de un lado, ésta no es persona jurídica por lo cual no tiene facultad para ser representada, y, de otro, el heredero, en ese caso, actúa en función de su misma calidad de tal.

Fluye, entonces, que la falta de prueba de la calidad de heredero en quien demanda o es demandado en ese carácter o de quien comparece o es citado al juicio como "representante de una sucesión" constituye falta del presupuesto procesal de capacidad para

ser parte, mas no nulidad por ilegitimidad de personería. (Casación Civil, 31 de mayo de 1971).

29

CAPITAL DE LA EMPRESA

Si bien el artículo 195 del C. S. del T. no determina expresamente el medio de prueba respectivo, si lo restringe en forma implícita, al tener como capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado, a la declaración de renta del año inmediatamente anterior, autorizada por funcionario competente. (Sala de Casación Laboral, noviembre 3 de 1971).

30

CASACION

No puede prosperar un ataque fundado en interpretación errónea por vía indirecta.

En el ámbito del a causal primera de casación, el quebrantamiento de norma sustancial por habérsela interpretado con error, necesariamente presupone conformidad con la apreciación probatoria que el Tribunal haya realizado sobre la cuestión de hecho, es decir, que ese tipo de violación de la ley sustancial no puede darse sino por la vía directa, pues consistiendo aquélla en que a la norma precisa llamada a regular al caso debatido se le dio un sentido o un alcance de que carece en su recto entendimiento, como lo ha repetido la Corte, que necesariamente debe existir correspondencia entre el recurrente y el sentenciador respecto a la apreciación probatoria. Dicho de otra manera, cuando con precisión jurídica, dentro de la esfera del motivo primero de casación, se habla de vulneración de la ley sustancial por errónea interpretación, simultáneamente se está afirmando que el Tribunal sentenciador no cometió yerro de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, ni de derecho, y que la norma llamada a resolver la situación debatida sí era la que acogió el ad quem, mas al haberla aplicado dándole un entendimiento de que carece, prodújose su quebranto.

Síguese de lo anterior que no puede prosperar un ataque fundado en interpretación errónea por la vía indirecta. (Casación Civil, enero 12 de 1971).

31

CASACION

Deben citarse con claridad y precisión los textos legales cuya violación se atribuye a la sentencia recurrida.

Entonces, apuntando el motivo primero de casación al restablecimiento del imperio de las normas sustanciales que hubieren sido violadas en ciertas sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores, exígese perentoriamente y como condición principalísima del ataque en esa esfera, que la censura señale con claridad y precisión, cuál o cuáles preceptos de índole sustancial fueron vulnerados por el sentenciador, entendiéndose por normas de esa naturaleza, las que, en presencia de la situación fáctica que ellas mismas contemplan, declaran, crean, modifican o extinguen derechos subjetivos o imponen obligaciones a las personas.

La censura que, dentro del marco de la causal primera de casación, formúlase sin precisar norma sustancial violada, no tiene fundamento, vale decir, no constituye ataque, pues la impugnación carece de objetivo, que en esta causal es siempre el restablecimiento de la ley sustancial quebrantada. (Casación Civil, 12 de enero de 1971).

32

CASACION

Requisitos de la demanda.

“Reiteradamente lo viene diciendo la Corte, que de conformidad con los Arts. 537 y 538 del C. Judicial, debe ella examinar todos los cargos que contenga la demanda de casación en su orden lógico, salvo el caso de que encuentre fundado alguno de ellos, lo que le exonera de analizar los restantes. Y que, para que se pueda cumplir esta labor

de estudio individual de cada una de las censuras propuestas, preceptúa el Art. 63 del Decreto 528 de 1964 que 'la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Si son varias las causales del recurso se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una (se subraya)'. Conclúyese de lo dicho que, como perentoriamente lo exige el texto legal últimamente citado, es deber del recurrente presentar cada cargo en capítulo separado, que debe contener en forma completa, clara y precisa la fundamentación y el señalamiento de las normas legales que se estimen infringidas. La inobservancia de esta preceptiva le impondría a la Corte la necesidad de ambular a todo lo largo de la demanda para entresacar de las varias censuras los elementos fundamentales de la que se haya formulado de modo incompleto, a lo que se opone la índole eminentemente estricta y dispositiva del recurso extraordinario" (Cas. Civil 1º de septiembre de 1970, aún no publicada; juicio ordinario de Danise Jasir de Márquez contra Jorge Márquez Velásquez).

No es de recibo en casación, dentro del ámbito de la causal primera, acusar la violación de normas sustanciales simultáneamente por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea (LXXX, Pág. 687, CXV, Pág. 103); que tratándose de la vía indirecta, tampoco es dable formular en un solo cargo acusación por errores de derecho y errores de hecho referentes a las pruebas sobre idéntico punto, ya que tales conceptos se excluyen recíprocamente (CXVII, Pág. 126), porque mal pueden haberse violado normas de valoración probatoria (error de derecho) respecto de una prueba o que no existe en el proceso o que existiendo no fue tenida en cuenta por el sentenciador (error de hecho) en cada cargo debe explicarse con claridad en qué consistió la violación de la norma sustancial y el concepto de ella cuando ésta se acusa por la vía directa, y otro tanto si se formula la censura por la vía indirecta, pero pre-

cisando claramente en este caso las pruebas respecto de las cuales se incurrió en error (CXV, Pág. 121); (XCV, Pág. 507); y finalmente, no es de recibo en casación contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal en cuanto a la valoración del acervo probatorio, porque prevalece el concepto del juzgador mientras no sea desquiciado por error de hecho evidente o por error de valoración legal (CXVII, Pág. 127). (Casación Civil, 15 de enero de 1971).

33

CASACION

Las causales son taxativas y no puede crearlas ni el demandante, ni la Corte.

Ni el demandante ni la Corte pueden crear causales de casación ningunas y ellas son las que se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, las cuales, como ya se indicó, encuentran su origen en la misma Constitución, al igual que las nulidades pero observando, con relación a éstas y según atrás se dijo, que en casos verdaderamente excepcionales, pueden tomarse directamente del canon constitucional causales de nulidad que no hayan sido expresamente contempladas por la ley (Decreto 1358 de 1964, Arts. 37 y 38), cuando "se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagran flagrante violación del derecho de defensa del procesado".

Siendo, pues, taxativas las causales de casación y no pudiéndose alegar caprichosamente sino con sometimiento a su enunciación por la ley y correspondiente a cada una de ellas su propio desarrollo y fundamentación, se tiene:

Si la sentencia se acusa concretamente porque aplicó una norma que no correspondía y dejó de aplicar la que sí era pertinente, salta a la vista que la causal de casación que ha debido invocarse, con sometimiento a la ley, es la primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, inciso 1º: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida

o errónea". Entonces, se trataría de una infracción directa de la ley porque, según se dice en la demanda, se dejó de aplicar la norma que era pertinente.

En consecuencia, la demanda interpuesta en la forma en que lo fue, es a todas luces equivocada, porque debiéndose haber estructurado sobre la causal primera de casación, según se ha demostrado, lo fue sobre la cuarta, con invocación de hechos que correspondía plantear a través de aquélla. Resalta la importancia de la equivocación si se tienen en cuenta los efectos que se producen en los casos en que prospera una u otra de ellas, ya que si se acepta como justificada la primera, en este evento corresponde a la Corte casar el fallo acusado y dictar el que deba reemplazarlo (Decreto 528 de 1964, Art. 58, ordinal 1º); en tanto que si la aceptada es la cuarta, la Corporación tiene que declarar en qué estado queda el proceso y remitirlo al Tribunal de origen para que por éste se proceda con arreglo a lo resuelto por ella (id. Ord. 3º). (Casación Penal, marzo 31 de 1971).

34

CASACION

Interés para recurrir en casación.

(No lo tiene quien no apeló del fallo de 1ª instancia).

Para que un recurso de casación sea jurídicamente viable, vale decir, para que la Corte pueda decidirlo, en el fondo, se requiere la concurrencia de los requisitos que brevemente se exponen en seguida:

1º) Que se haya interpuesto oportunamente y por apoderado judicial de parte legítima (a menos que ésta tenga el derecho de postulación) contra una sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Distrito Judicial, en alguno de los juicios mencionados en la ley de procedimiento;

2º) Que haya sido concedido por el Tribunal o por la Corte, en su caso y declarado admisible por ésta última, siendo de adver-

tir que esa providencia no la vincula u obliga, ya que al dictar sentencia la misma Corte puede declarar que el recurso no era procedente (XC. Pág. 330; XCIII, Pág. 159; LXX, Pág. 850).

3º) Que la sentencia de segundo grado sea desfavorable al recurrente, pues en caso contrario carecería de interés para interponer el recurso; y

4º) Que quien interpuso el recurso, haya formulado su demanda en tiempo oportuno y sujetándola a los requisitos legales.

Como consecuencia de lo expuesto en el punto tercero, debe insistirse en que el recurrente debe tener interés jurídico en la casación de la sentencia, lo cual exige que ésta le haya sido desfavorable, y que de prosperar el recurso su situación pueda mejorar. Si para ese recurrente, la de primer grado fue también desfavorable, no obstante lo cual no la apeló o lo hizo en forma inoportuna o inválida, es claro que carece de interés para el recurso extraordinario, porque el agravio que puede haber sufrido no proviene del fallo de segunda instancia, ya que éste no podía mejorar su situación en ningún caso. habida cuenta que el de primer grado quedó ejecutoriado para él, por no haberlo apelado. "Es necesario —dice la Corte— que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (LXIV, Pág. 792). (Casación Civil, 19 de julio de 1971).

35

CASACION

Causal Primera

Valoración del acervo probatorio por parte del sentenciador.

Como el sentenciador de segunda instancia goza de prudente y necesario arbitrio en la apreciación de las pruebas, la convicción adquirida por aquél al evaluar el acervo probatorio no puede ser modificada

por la Corte en casación, salvo cuando se demuestre error de derecho, o error de hecho manifiesto, vale decir, evidente, insoslayable. No es tal, como se ha visto, el caso que aquí se contempla. Existe, simplemente, una disparidad de criterio entre el censor y el Tribunal en torno a la valoración de los elementos de juicio con significado trascendente en el proceso, pero un disentiendo de tal naturaleza —lo ha reiterado la Corte en numerosas oportunidades, jamás puede fundar el yerro manifiesto de que se trata. (Sala de Casación Penal, septiembre 8 de 1971).

36

CASACION

Causal primera

Quando se alega infracción directa de la ley sustancial, el actor debe señalar el precepto normativo de la prueba, que en su sentir fue desconocido por el juzgador de segunda instancia.

La técnica del recurso extraordinario de casación exige, cuando se trata de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la consideración de los elementos de convicción, motivo de impugnación previsto en el cuerpo 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, que el actor precise las normas legales reguladoras de los medios de prueba y que se reputen infringidas por el juzgador; que indique el concepto de la violación, y que demuestre que por consecuencia del error se vulneró la ley penal sustancial, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado el error. Por ello la Corte ha dicho con reiterado énfasis que “si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que ésta le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación media), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdénar”.

En el caso sub-judice el demandante no indica el precepto normativo de la prueba que en su sentir fue desconocido, ni el sentido en que hubiera sido violado, ni la norma de naturaleza sustancial a cuya inobservancia condujo el yerro. La censura que formula al fallo recurrido al amparo de la causal primera de casación no se conforma a los requerimientos de la ley ni a la técnica que rige este medio extraordinario de impugnación, por lo cual será rechazada. (Casación Penal, febrero 5 de 1971).

37

CASACION

Causal 1ª su técnica

Quando se propone la causal primera de casación debe expresarse el concepto de la violación de la ley sustancial y si ella se produjo en forma directa o indirecta.

El motivo aducido por el actor en la esfera de la causal primera, de ser la sentencia acusada violatoria de “la ley sustantiva penal”, aparece propuesto en forma tan deficiente, a la luz de la técnica que preside la impugnación extraordinaria de la casación, que no puede la Corte adentrarse en su examen. El demandante no expresa si la violación de la ley sustancial (no sustantiva, como él dice) fue directa o indirecta, ni demuestra, como es exigido en estos casos, el concepto de la violación. Se limita a afirmar, con evidentes contradicciones de fondo, que se conculcaron los artículos 28 y 29 del C. P., en armonía con el 362 de la misma obra, porque los hechos reclamaban la aplicación de aquellas normas, lo que condujo al quebranto del artículo 26 de la C. N.

Acerca de este pasaje de la demanda expresa la Procuraduría Delegada:

“El señor demandante incurre en gran confusión al solicitar la invalidación del fallo con planteamientos ya formulados bajo la órbita de la causal 4ª y que por su naturaleza no pueden ser proyectados nuevamente a través de la causal primera. Olvidó

el señor demandante que las causales de Casación no se pueden invocar caprichosamente, pues que ellas gozan de circunstancias especiales, destinadas por la norma legal para recurrir a ellas en casos precisos, mas no escogiendo arbitrariamente la que se crea más conveniente para hacer los cargos al fallo.

“Además, hay que tener muy presente que cada una de las causales de casación al prosperar, producen efectos diversos (Art. 58 Decreto 528 de 1964), por lo cual es casi un dislate invocar la causal primera, por violación directa, en casos o procesos en los que interviene el jurado en el juzgamiento, pues, en el supuesto caso de prosperar la causal tendría que proferir la H. Corte el fallo legal que reemplazara al impugnado, lo que sería desconocimiento de la voluntad del jurado de conciencia, expresada en su veredicto y ya se expresó el imposible jurídico que impide tal cosa”. (Sala de Casación Penal, 11 de mayo de 1971).

38

CASACION

(Causales 4ª y 1ª)

Violación del artículo 26 de la Constitución Política por no haberse reconocido que el homicidio juzgado tenía carácter de concausal.

Se hace consistir la demostración de este cargo en que tanto los médicos legistas como un profesional de la medicina cuyo concepto fue pedido por la defensa, afirmaron que Hoyos Ossa hubiera podido salvarse con una intervención quirúrgica oportuna y adecuada.

Respecto a este cargo es preciso observar que, a propósito de una presunta violación del artículo 26 de la Carta, el recurrente trata de suscitar un nuevo debate sobre las pruebas, lo que no resulta admisible, ya que en el proceso fueron examinadas las cuestiones que plantea, sobre este particular, la demanda de casación y se debatió ampliamente sobre ellas, dándose a las partes las

oportunidades que la ley consagra para que expresaran su concepto sobre el material probatorio, lo que quiere decir que no se desconoció ninguna de las garantías que la norma constitucional en cita otorga, ya que no se incurrió en vicios procesales ni se recortaron, en forma alguna, los derechos de las partes.

El cuestionario, de otro lado, se ajustó al auto de proceder y no podía, obviamente, incluir hechos distintos a los mencionados en esta providencia.

Por lo que hace a la sentencia, la ley ordena que se haga de acuerdo con el veredicto (Art. 519 C. P. P.), salvo el caso de que éste aparezca claramente contrario a la evidencia de los hechos, situación cuya declaratoria está reservada exclusivamente a los jueces de instancias (Arts. 565 y 567 íbidem).

Síguese de lo anterior que en los juicios por jurados no es posible plantear debate sobre el mérito de la prueba porque ninguna de las causales de casación permite su examen por la Corte ni aún invocando violación del artículo 26 de la Carta. (Sala de Casación Penal, octubre 13 de 1971).

39

CASACION

(Inciso segundo, numeral primero, artículo 580).

La causal de casación alegada por el recurrente, o sea la que contempla el inciso segundo del numeral primero del artículo 580, dice que “Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos”.

Es decir, que para que se case una sentencia con base en esta causal es necesario, no sólo alegar que hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, sino, además y por sobre todo, que se

demuestre que se incurrió en error de hecho o de derecho y que este era de carácter manifiesto.

De manera que si se alega pero no se demuestra el error, o si se demuestra pero no se establece que éste sea de carácter manifiesto, no se puede casar la sentencia.

Ahora bien, manifiesto, según la Academia es lo "descubierto patente, claro" de manera que un error de esta naturaleza es aquél que aparezca demostrado sin mayor esfuerzo, o en otras palabras, aquél cuya percepción no requiera complicados razonamientos. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

40

CASACION

(Su técnica)

Valor probatorio del testimonio del ofendido.

Para que en casación prospere el cargo de error de derecho en la apreciación de las pruebas es necesario que se citen los preceptos legales reguladores de los medios probatorios en que el fallo impugnado descansa, sin omitir el sentido de la violación medio, presupuesto indispensable para demostrar el quebranto de la ley penal material, culminando así las dos etapas de una operación dialéctica compleja.

Afirma el recurrente que el fallo acusado, al apreciar los elementos de juicio referentes a la faz objetiva de la infracción, le asignó al testimonio del denunciante ofendido un valor probatorio que la ley no le otorga, infringiéndose por tal motivo el artículo 203 del anterior Código de Procedimiento Penal (215 de la codificación vigente), lo cual condujo, de indirecto modo, a la violación del artículo 408 del estatuto, represor. Pero ocurre que el artículo 203 sólo recoge un principio universal de derecho probatorio según el cual toda condena debe fundarse sobre la certeza legítima de la infracción y de la culpabilidad. El demandante debió aducir la norma contenida en el artículo 224 del C. de P. P. (codificación anterior), que re-

gula el valor del testimonio, explicando por qué, en su sentir, fue conculcada, y cómo su quebranto se reflejó, infringiéndolo asimismo, en un determinado precepto de la ley sustancial. Patente resulta que no procedió así, y sabido es que la Corte, como tribunal de casación, no puede colmar un vacío de tal naturaleza, con la finalidad de tornar eficaz una tacha erróneamente formulada. (Sala de Casación Penal, 23 de julio de 1971).

41

CASACION

(Su técnica, causal 1ª)

Según observa el Ministerio Público, la prueba en el vasto campo del derecho no solamente tiene que ostentar el sello o naturaleza de la legalidad, ya sea en su génesis o en la asunción al proceso, sino también debe ser indubitablemente factible para que pueda producir, aunados tales requisitos, la certeza que se persigue, muy especialmente para la decisión sobre la responsabilidad en el orden penal. De esta manera, si no es realizable la recepción en el proceso de un elemento probatorio. —por mucho valor que subjetivamente se le conceda—, dentro de las posibilidades que lo circundan, y no siendo el único elemento de convicción aportable y aportado al plenario, ello no puede ser en momento alguno óbice insalvable para poner punto final al proceso, en una u otra forma, vale decir, con reconocimiento de la responsabilidad por la autoría de los hechos imputados, o por la declaración eximente de la misma. (Sala de Casación Penal, 11 de mayo de 1971).

42

CASACION

(Su técnica)

(Proposición jurídica incompleta del cargo al recurrir en casación).

El reconocimiento judicial de los perjuicios extracontractuales a que se refiere el artículo 2341 del Código Civil y que, en lo

concerniente a su especialidad, reitera el artículo 92 del Código de las penas, está ligado a la cuantía de los mismos, pues si así no fuere sería imposible saber la medida en que el infractor debe desprenderse de su patrimonio y aquélla en que la parte lesionada se compensa el daño sufrido. La indemnización tiene contenido económico y lo que se ordena pagar son precisamente valores crematísticos, estimados en cifras, contables y afectivamente contados, sujetos a recaudo según una cuantía y a negación según las reglas comunes. De allí el que las dos normas en examen deban relacionarse necesariamente con el artículo 480 del Código de Procedimiento Civil, que indica cómo se efectúa la condena por frutos, intereses y daños o perjuicios. Sólo procede la condena en abstracto, dejando la fijación concreta del monto para la ejecución de la sentencia, en el caso de no ser posible precisar el importe o suministrar las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación. Y dicho artículo 480, por lo mismo que establece condiciones para tasar los valores de que trata el 2341 del Código Civil, derivados del resarcimiento, debe tenerse como parte integrante de éste, ya que, se repite, la indemnización no es un elemento abstracto, sino que debe precisarse a fin de que los interesados conozcan y puedan así asentirla o rechazarla. El artículo 92 del Código Penal también se inspira en ese principio, y por ello autoriza la condena, no a cualquier clase de daño, sino es exactamente al que el delito ha causado. No puede saberse cuál es éste si no está determinado.

Compréndese que una disposición como la del artículo 480 del Código de Procedimiento Civil, que fija la forma como deben calcularse muchas obligaciones, afectando derechos de las partes y vinculándolas así en una relación patrimonial, no sea de mera ritualidad procesal, ni de las que guían la actividad externa de los funcionarios judiciales, es decir, que no es simplemente, instrumental sino que participa de la dignidad de las normas sustanciales a que se refieren los primeros numerales de los artículos 52 y 56 del Decreto 528 de 1964. Si como define la jurisprudencia, "son leyes sustanciales aquéllas que frente a un supuesto de hecho

previsto en las mismas, consagran derechos a favor de los asociados o les imponen obligaciones", o, en otras palabras, "las que en presencia de una situación fáctica concreta, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes" (especialmente, casación civil del nueve de septiembre de 1970), es claro que el artículo 480 del Código de Procedimiento Civil tiene esa naturaleza inconfundible, como complemento necesario del artículo 2341, varias veces referido. No se entenderían las bases del juicio a fin de fijar en el fallo la cantidad líquida a pagar, o de hacer la declaratoria de que las pruebas son insuficientes para esa determinación, o de que es imposible hacerla, sin tocar los derechos comprometidos que, en este caso, se traducen en valores patrimoniales. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, que reconoció en el artículo 480 "una naturaleza simplemente adjetiva, de manera que su quebranto no da lugar a que prospere el recurso de casación" (diciembre 1º de 1938, G. J., T. LXVII, Pág. 455), está por consiguiente mal fundada, y debe rectificarse en los términos expuestos.

Significa ésto que la relación jurídica no se rige por una sola norma sino por dos, que se complementan, y no en distintos niveles sino en su propia fuente, sin que puedan escindirse más que por vía de hipótesis. Porque en el campo de las realidades sustanciales, la declaratoria de indemnizar carecería de eficacia sin el monto de la indemnización. Lo uno va con lo otro, en estrecha fusión determinativa. Y cuando la correspondencia jurídica entre las partes se establece sobre un conjunto de preceptos integrados que puedan ser dos o más, todos deben postularse en la acusación para los efectos de la causal primera. Si así, no se hace o mejor decir, si se citan uno o algunos de ellos, aunque los acusados resulten probados, dejando sin referencia los demás que refrendan la misma cuestión o permiten el discernimiento de los mismos derechos, se incurre en lo que las jurisprudencia civil y penal ha venido denominando proposición jurídica incompleta. La acusación llega a cierto punto, correctamente enfocada contra las normas irregularmente aducidas por el juzgador, dejando otras, enlazadas ínti-

mamente con éstas. La crítica se queda así en mitad de camino, y no puede la Corte, en este recurso extraordinario, suplir lo que el actor dejó inconcluso, porque la casación no es un nuevo grado de jurisdicción. Igual cosa sucede cuando se alega error en la apreciación de las pruebas sin indicar las normas sustanciales indirectamente violadas. Es otra proposición incompleta, que impide la procedencia del recurso por indebida presentación del cargo.

La norma que asegura la actuación cumplida de los artículos 92 del Código Penal y 2341 del Civil, ésto es, la que permite formular la declaración sobre el monto de los perjuicios causados o sobre la idoneidad probatoria para tasarlos, no fue propuesta por el actor concurrentemente con aquéllas, debiendo hacerlo, pues se trata de un complejo legal indestructible, y si se prescinde de una de sus partes, el todo queda sin demostración completa. Esta imperfección del mecanismo impugnatorio imposibilita entrar al análisis del cargo, pues, aunque resultara fundado, le faltaría su apoyo en el otro aspecto de la proposición no aducida por el recurrente. Y la Sala carece de facultad para corregir las deficiencias del libelo pues su función queda limitada a los motivos expresamente alegados por el recurrente. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 25 de junio de 1971).

43

CASACION

(Su técnica)

Se observa un manifiesto error de técnica en la demanda, en la formulación de este cargo, como lo hace notar el Procurador Delegado, pues si el tribunal sentenciador violó los artículos 150 y 151 del C. P. y el Decreto 1858 de 1951, en lo concerniente al delito de peculado, cuestión que alega el actor, por error en la valoración de las pruebas, que al decir de aquél no permiten la configuración para su representado del delito de peculado, por ausencia de uno de los elementos estructurales de la infracción, o sea porque el procesado, no tenía entre sus funciones de Rector la de recaudar o administrar

caudales de la Escuela Industrial "Santiago de Arma", la acusación al fallo recurrido ha debido ser propuesta con invocación de la causal 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues se estaría en presencia de una violación de ley sustancial (Arts. 150 y 151 del C. P. y Decreto 1858 de 1951), proveniente de apreciación errónea de las pruebas por parte del sentenciador, vale decir, de infracción indirecta de normas penales.

El artículo 56 del Decreto antes citado contempla en su ordinal 1º como motivo de casación en materia penal la violación de la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, y prescribe en forma clara que cuando el quebranto de la norma se origine en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Como el cargo que se responde lo desarrolla el actor sobre la base de que el Tribunal Superior de Medellín se equivocó al considerar que el procesado, era administrador de los bienes que fueron objeto del peculado, por desacertada estimación del acervo probatorio, planteándolo en el campo de la causal cuarta de casación, por una pretendida transgresión de las normas del juicio, cuya observancia reclama la Constitución, la acusación es notoriamente inadmisibles y no permite el estudio de la cuestión de fondo, pues la técnica que preside este recurso extraordinario obliga al demandante a aducir correctamente el motivo de la impugnación. (Casación Penal, febrero 5 de 1971).

44

CASACION

(Su técnica)

Examen obligatorio al procesado cuando existen indicios de anomalía.

Apartándose injustificadamente del texto expreso del artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, una jurisprudencia de

la Corte (4 de julio de 1960, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 583), dijo que el examen psiquiátrico del procesado era "una obligación facultativa para el funcionario de instrucción" condicionada al descubrimiento de indicios de grave anomalía mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa; y que en presencia de tales datos "puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho".

Es necesario aclarar ahora que el sometimiento del imputado a la observación médica es deber imperioso del funcionario y no una mera facultad, desde el momento en que note indicios de cualquiera de las irregularidades descritas en el artículo 29 del estatuto represor, síntomas que, de otra parte, son fáciles de percibir, sin que tales apreciaciones se vinculen definitivamente a la actividad procesal que puede confirmarlos o no a fin de indicar el procedimiento. Precisamente, para este efecto, que entre otras regulaciones asegura el derecho de defensa, es por lo que la norma citada hace obligatorio el examen, y no en cualquier tiempo, sino inmediatamente que se observen o conozcan las manifestaciones anómalas, trátase de detenidos o de sujetos en libertad. De los últimos, dice la ley que debe enviárseles a "un manicomio adecuado" y respecto de los primeros, que el examen se llevará a cabo en el establecimiento carcelario en que se hallaren, pero es apenas obvio suponer que tiene que buscarse la mayor facilidad para las consultas, inclusive trasladando al detenido al lugar propicio para el diagnóstico y el tratamiento. Lo anterior, se repite, no como desarrollo de un poder discrecional, sino como mandato sin excusa ni aplazamiento. Se empeñan en ello las necesidades de la investigación y las definiciones sobre la imputabilidad pertenecientes.

El artículo 411 del Decreto 409 de 1971, que codifica todas las disposiciones procesales, recurre a exigencias más drásticas, pues impone el examen "desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias

del artículo 29 del Código Penal", añadiendo que ese deber se extiende a las situaciones de "embriaguez", intoxicación aguda e inconsciencia". Cuando no procede la captura, tiene que ordenarse la diligencia aún antes de recibirse indagatoria. Pero si el sindicado se niega al examen, no puede adelantarse éste en forma coercitiva. Simplemente "deberá dejarse constancia de ello en el proceso", mandamiento que responde al respecto por la autonomía y la dignidad del ser humano, aunque, de otra parte, dificulte la auscultación del infractor.

Es así como la intoxicación aguda por el alcohol o cualquiera otra sustancia, la inconsciencia transitoria proveniente de causas internas o externas y la simple embriaguez, ingresan al catálogo de situaciones que requieren la observación médica, ampliando las del Código vigente, fundado en el artículo 29 del penal. Del mismo modo que esta disposición excluye la embriaguez y la intoxicación agudas, el artículo 374 de la ley de procedimiento tampoco las menciona para que el funcionario ordene la observación médica. Por lo tanto, si el agente delinquirió encontrándose en cualquiera de tales circunstancias, sin que se reconozcan en él conjuntamente indicios de alienación o anomalía mental grave, no es obligatorio el examen y omitir su práctica no implica ninguna tacha procesal. En cambio, bajo el Decreto 409 de 1971, no puede prescindirse de las exploraciones periciales. (Sala de Casación Penal, 9 de julio de 1971).

45

CASACION

Su técnica.

(Proposición jurídica incompleta)

Como se deduce claramente del libelo y se comprueba con las transcripciones que antes se han hecho del mismo, el actor acusa el fallo por violación de cuatro normas del C. de P. P., pero sin puntualizar cuál fue o cuáles fueron las disposiciones sustanciales que el juzgador violó a través del desconocimiento de aquéllas. En otros tér-

minos, la demanda prescinde de una exigencia absolutamente necesaria en este recurso extraordinario, cual es la de enunciar y demostrar la violación básica de la ley cometida mediante las apreciaciones defectuosas de las disposiciones de procedimiento. En este sentido, la impugnación es incompleta y a la Corte no le incumbe concluir lo que el demandante dejó sin precisiones de fondo. La violación medio, ha repetido la Sala en numerosos fallos, debe ser el punto de partida para demostrar la violación fin, cuyo examen se enfrenta a la naturaleza misma del recurso de casación.

No existen motivos para que la Corte entre al estudio de la impugnación, pues las partes de éstas aparecen sueltas, sin que lleguen a su culminación definitiva, indicando el precepto penal cuya indebida aplicación ocasionó el agravio. A esta formulación defectuosa se le ha venido llamando **proposición jurídica incompleta**, que consiste en críticas parciales de un todo unitario, que, en su aspecto principal, queda sin referencia suficiente. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

46

CASACION

(Técnica)

Es sabido que la infracción de la ley por vía directa es totalmente ajena a consideraciones de hecho o de valoración de la prueba y de sus resultados. (Sala de Casación Laboral, enero 25 de 1971).

47

CASACION

(Técnica)

El rechazo que se formula a la providencia recurrida, motivado en errores de hecho, debe contener un análisis concreto de los elementos de juicio que, en su sentir, están equivocados, y una crítica además, respecto de las circunstancias singulares que condujeron al fallador a la perpetración del error anotado.

No basta, se ha dicho, con enumerar las pruebas; y hacer alusión superficial a las presuntas equivocaciones del ad-quem, puesto que a la Corte debe decirse en qué descansa el error y por qué razones el juicio del Tribunal es equivocado frente a otros elementos probatorios, o simplemente frente a las mismas pruebas estimadas erróneamente. (Sala de Casación Laboral, febrero 3 de 1971).

48

CASACION

(Técnica)

El cargo como ha sido formulado carece de total eficacia, porque el recurrente además de hacer caso omiso de que el Tribunal no desconoce en su providencia la existencia de la relación laboral, razón por la cual revocó la providencia de primer grado, olvida que apoya el ad-quem sus decisiones en las circunstancias de haber declarado probada la excepción de prescripción en relación con las prestaciones sociales e indemnizaciones que en favor del actor se causaron, como claramente se expresa en la parte motiva de la sentencia acusada.

Esto quiere decir que el cargo ha sido elaborado de manera incompleta, o en otras palabras, que incompleta es la proposición jurídica que envuelve, comoquiera que para obtener su prosperidad ha debido acusar las disposiciones que reglan el fenómeno de la prescripción, ya que la pretendida violación de la norma acusada no podría ocurrir sino a través de la infracción de aquélla. (Sala de Casación Laboral, febrero 9 de 1971).

49

CASACION

(Técnica)

La confesión extra-judicial, no puede considerarse como medio de prueba cuya desestimación implicara motivo de casación, dadas las restricciones del recurso a que se

refiere la Ley 16 de 1969. (Sala de Casación Laboral, febrero 24 de 1971).

50

CASACION

(Técnica)

El acusador no intentó siquiera demostrar cuál fue la interpretación errada que dice dio el Tribunal al parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 y se limitó a afirmar que en el sub-lite, el ad-quem había tenido de él un equivocado entendimiento, violando por tal razón la norma, en forma directa. Una presentación así del cargo por este motivo de casación es antitécnica, y siempre ha sido rechazada por la Corte.

Pero aún en el supuesto de que el casacionista hubiera demostrado el error de interpretación del precepto acusado, el cargo sería ineficaz porque exhibe el defecto de referirse únicamente a la norma que subrogó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 que tiene el carácter de reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, y cuyo quebrantamiento por sí sólo, no es suficiente para la viabilidad de este recurso extraordinario. En el evento indicado es necesario que se señale también la disposición de la ley reglamentada que se estima violada, pues es ésta infracción la que, en últimas, puede dar lugar a la casación del fallo, conforme lo ha exigido reiteradamente la jurisprudencia. (Sala de Casación Laboral, febrero 27 de 1971).

51

CASACION

(Técnica)

Error de hecho.

Por manera que mal puede hablarse de un ostensible error de hecho por parte del sentenciador, que sólo se configura cuando sus conclusiones aparecen a todas luces contrarias a la realidad y evidencia procesales. (Sala de Casación Laboral, marzo 2 de 1971).

52

CASACION

(Técnica)

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa, en la cual deben señalarse con precisión las normas sustanciales que se consideran violadas, o sean aquéllas que consagran, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellas. (Sala de Casación Laboral, marzo 9 de 1971).

53

CASACION

(Técnica)

El ataque resulta ineficaz toda vez que el recurrente no dice si la violación de la ley se produjo por vía directa o indirecta pese a que hace mención de pruebas. (Sala de Casación Laboral, marzo 17 de 1971).

54

CASACION

(Técnica)

Según el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, la demanda que se presenta para sustentar el recurso extraordinario, debe contener la expresión de los motivos de casación, indicando el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estima violado, y el concepto de la violación, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

El casacionista solamente indicó el concepto de la violación respecto a unos preceptos por lo cual no pueden tenerse en cuenta la mención de otros, que hace en el cargo, sin señalamiento del motivo de la violación. Dice la doctrina:

“Para efectos de la casación se entiende ley “sustantiva” o, mejor sustancial, la que confiere derechos o garantías o impone obli-

gaciones a las personas, en oposición a la que se refiere al procedimiento, a la mecánica del juicio, a su curso o trámite, o a determinar los medios de prueba y su valor. Tratado de derecho Procesal Civil. Hernando Devis Echandía. Editorial Temis. 1964. Tomo IV, páginas 119 y 120.

Los artículos 42, 45 y 79 del Código Procesal del Trabajo y 455 del Código Judicial cuya violación se indicó por infracción directa consagran procedimientos pero no son normas sustanciales, pues no puntualizan derechos ni modifican los ya determinados o declarados. (Sala de Casación Laboral, junio 17 de 1971).

55

CASACION

(Técnica)

Conviene advertir, según lo exponen los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte, que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la totalidad del juicio, sino un recurso extraordinario de impugnación que enfrenta la sentencia definitiva de segundo grado con determinadas normas legales sustanciales, que se indican como violadas, bien en forma directa, ora por interpretación errónea o ya mediante errores de hecho o de derecho en la estimación o en la falta de apreciación de los medios probatorios singularizados por el recurrente, errores de hecho o de derecho que deben aparecer "de modo manifiesto" lo que equivale a que salten a la vista, sean protuberantes, evidentes y no el producto de diferencias de criterio, más o menos fundadas, en la valoración probatoria, respecto de la cual "prima el criterio del juzgador de instancia, al que el sistema de la convicción racional consagrado en el artículo 61 del C. S. del T., le otorga amplia soberanía en la apreciación del haz probatorio, no susceptible de rechazo por la Corte, sino por vía excepcional o sea, cuando le hizo decir lo que no reza o cuando no vio lo que claramente surge de su texto". (Sala de Casación Laboral, junio 23 de 1971).

56

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, julio 16 de 1971).

57

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, julio 23 de 1971).

58

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, julio 31 de 1971).

59

CASACION

(Técnica)

Quando los autores y la jurisprudencia exigen que la proposición jurídica en las demandas de impugnación debe ser completa, se refieren a que ha de abarcar todas las normas que consagran los derechos reconocidos o negados en la sentencia acusada y cuya modificación pretende el casacionista; pero cuando éste la consiente en parte y sólo la ataca por éste o aquél aspecto la proposición jurídica será completa si encierra los preceptos consagratarios del derecho discutido. (Sala de Casación Laboral, agosto 30 de 1971).

60

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, agosto 30 de 1971).

61

CASACION

(Técnica)

Cada cargo tiene individualidad propia y debe constituir una unidad completa.

El recurrente pasó por alto que cada cargo tiene individualidad propia y debe constituir una unidad completa, respecto de la proposición jurídica, de tal modo que si se encuentra fundado uno de ellos, sea susceptible no sólo la casación de la sentencia acusada, sino también del restablecimiento del derecho desconocido al constituirse la Corte en sede de instancia. Y en el caso a estudio el conjunto de los tres cargos contiene la proposición jurídica completa; pero cada uno de ellos, separadamente considerados, únicamente abarca parte de las disposiciones que la integran, sin que sea dable a la Sala formar de los tres uno porque las vías de ataque escogidas son incompatibles y este recurso extraordinario requiere cierto rigor formal, que no tuvo en cuenta el casacionista. (Sala de Casación Laboral, octubre 6 de 1971).

62

CASACION

(Técnica)

Cada cargo tiene individualidad propia, y en cada uno por consiguiente debe expresarse con claridad y precisión la causal o motivo de casación y el concepto de violación.

Ha expresado también reiteradamente la Corte, que cada cargo tiene individualidad propia, y en cada uno por consiguiente debe expresarse con claridad y precisamente la causal o motivo de casación y el concepto de violación, y debe de la misma manera en cada uno de los cargos que se presenten contra una sentencia recurrida en casación, señalarse las normas que se consideren violadas por el fallador de instancia. (Sala de Casación Laboral, octubre 22 de 1971).

63

CASACION

(Técnica)

El quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal reglamentada, la cual debe resultar violada por el fallador, para que la decisión sea quebrantada por la Corte. (Sala de Casación Laboral, noviembre 3 de 1971).

64

CASACION

(Técnica)

La Sala no descalifica la presentación separada de los diversos conceptos de violación de la ley, conforme a la causal primera, siempre que cada uno de ellos contenga la proposición jurídica que se estime violada y se mantenga en el plano de demostración del motivo escogido. Las distintas razones que informen el juicio del fallador determinan conceptos diferentes de la violación para la acusación debida, y aún cualquiera de ellas puede ser susceptible de diversos planteamientos acusatorios correspondiéndole entonces a la Corte fijar el verdadero y resolverlo desestimando los que no acontecieron en la decisión recurrida. (Sala de Casación Laboral, noviembre 5 de 1971).

65

CASACION

(Técnica)

El recurso extraordinario de casación exige cierto rigor formal en la presentación de los cargos que se formulan contra la sentencia impugnada. (Sala de Casación Laboral, noviembre 25 de 1971).

66

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, diciembre 2 de 1971).

67

CASACION

(Técnica)

(Sala de Casación Laboral, diciembre 14 de 1971).

68

CASACION

(Técnica)

Habiéndose excluido de la casación laboral la causal consistente en que la sentencia haya incurrido en las nulidades de que trata el artículo 448 del antiguo Código de Procedimiento Civil, la acusación es inestimable, porque además no se ha demostrado la incidencia que el error in procedendo haya podido tener en las decisiones tomadas por el fallador de segunda instancia. (Sala de Casación Laboral, diciembre 3 de 1971).

69

CASACION

(Técnica)

Violación indirecta de la ley penal sustancial.

La casación —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— no es una nueva instancia que comporte la revisión total del proceso en su aspecto fáctico y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante la confrontación del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el juzgador de segundo grado.

“Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho

contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto”.

Y son especialmente rigurosos los requisitos, como observa el Agente del Ministerio Público, cuando se aduce la violación indirecta de la ley penal sustancial, porque no se satisfacen con el mero examen de las pruebas, por tercera vez, sino que el actor debe demostrar a plenitud el error de derecho o el de hecho, manifiesto en los autos, en que pudo incurrir el juzgador de segunda instancia en la sentencia sometida a la revisión de la Corte.

En efecto, en múltiples fallos ha dicho esta Sala que la violación indirecta de la ley requiere, para que prospere en casación, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea o indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable el quebrantamiento indirecto de la ley.

También ha expresado esta Sala que su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación “se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad...” (G. J., T. XXXI, Nos. 2160-2161, Págs. 845 a 846).

Y es que la violación indirecta de la ley ocurre cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto en el sentido de haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo ostensible en los autos.

A dicha violación (que es la aducida por el actor) alude el inciso o aparte segundo del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P. En esta infracción el demandante rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del recaudo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error; lo que no hizo el demandante, pues se limitó a una serie de apreciaciones personales respecto del material probatorio, para oponer su criterio al de fallador, pero sin precisar el error de hecho o de derecho en que éste hubiera podido incurrir en la evaluación de la prueba, como es exigido en casación. Tampoco expresa el actor cuál es el precepto legal sustancial que reputa transgredido indirectamente, pues el artículo que, según él, no se tuvo en cuenta fue el 216 del C. de P. P. y la "violación indirecta" que se cometió fue la del artículo 215 ibídem, sin puntualizar el concepto de tal violación. (Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

70

CASAR UNA SENTENCIA

Como lo ha explicado la Corte en invariable jurisprudencia de acuerdo con todos los autores de la materia, desde que casa una sentencia, ésta queda revocada o invalidada, siendo inútil, por decir lo menos, pedir que se case el fallo de segundo grado y se revoque.

En segundo término, cuando la Corte obra en función de instancia, se coloca en lugar del Tribunal respectivo y lo que procede a estudiar en la providencia del a-quo para confirmarla, modificarla o revocarla, razón por la cual el casacionista ha de indicar, en forma precisa, qué debe resolver la Corte respecto de la sentencia de primera instancia. (Sala de Casación Laboral, marzo 29 de 1971).

71

CAUSAL PRIMERA

Los Arts. 1502 y 1761 no son normas sustanciales.

El Art. 52 del Decreto 528 de 1964, que reglamentaba el recurso de casación, estatuyó que él era procedente, tratándose de la causal primera, en los casos de "ser la sentencia violatoria de la ley sustancial" por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Norma sustancial, ha dicho la Corte, "es la que, contenida en un solo texto legal o resultante de la interpretación de varios (proposición jurídica completa), le atribuye derechos subjetivos u obligaciones propiamente dichas a las personas que lleguen a colocarse en la situación fáctica prevista por dicha norma para su aplicación". Además, en recientes sentencias se ha dicho que son normas de la clase de las estudiadas las que frente a un supuesto de hecho previsto en la norma declaran, crean, modifican, o extinguen relaciones jurídicas. Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un concepto único sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal es indispensable que comprenda todos y cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa.

De acuerdo con lo anterior, no son normas sustanciales los Arts. 1502 y 1761 del C. C., por cuanto el primero se limita a establecer los requisitos para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, y el segundo a definir el valor probatorio del instrumento privado en determinadas condiciones. (Casación Civil, 2 de septiembre de 1971).

72

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

No es necesario determinar la prueba en que se haya fundamentado, una circunstan-

cia de mayor peligrosidad, si del proceso se deduce claramente su existencia.

Ciertamente el tribunal sentenciador no dijo de un modo expreso en qué prueba concreta apoyó la aludida circunstancia de mayor peligrosidad. Pero para la Corte es evidente que a esa conclusión llegó con vista en declaraciones de los testigos, de cuyos dichos pudo razonablemente el juzgador formar ese convencimiento, sin que se haya demostrado que se equivocó de modo manifiesto porque apreció mal una prueba o por no haberla tenido en cuenta, pues los nombrados deponentes coinciden en afirmar que los inculpados, después de que el primero de ellos ofendió de palabra al occiso, atacaron a éste a mano armada y simultáneamente, en forma que dificultó la defensa del agredido e hicieron luego de causarle la muerte mediante numerosos disparos manifestaciones reveladoras de satisfacción por el delito cometido y de singular agresividad para con los circunstantes. Conviene transcribir lo que al respecto dijeron los deponentes. (Sala de Casación Penal, 13 de agosto de 1971).

73

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

(Incidencia en la aplicación de la pena).

En lo que concierne a la infracción directa de la ley sustantiva por falta de aplicación del artículo 38 del C. P., acusación que el actor apoya en que no se reconocieron a favor del procesado varias circunstancias de menor peligrosidad de las establecidas en aquella norma, a pesar de estar probadas en autos, la Sala observa:

a) Es acogible la censura, por la vía elegida por el demandante, en cuanto dice relación a la inobservancia en la sentencia del artículo 38 (causal 5ª), pues no solamente está demostrado en el expediente que el inculpadado Cardoso Villa se hallaba en estado de embriaguez cuando ejecutó el hecho por el cual fue responsabilizado, sino que esa circunstancia fue aceptada expresamente

en el auto de proceder y en los fallos de primera y segunda instancias, sin que se hubiera insinuado siquiera que la embriaguez fue preordenada al delito. Por ello ha debido el tribunal sentenciador tomar en cuenta ese motivo de menor peligrosidad, al dosificar la pena, y al omitirlo violó de modo directo, por falta de aplicación, el artículo 38 del estatuto represor, en relación con el 36 ibídem.

En ese punto asiste razón el recurrente.

b) Con respecto a las demás circunstancias de menor peligrosidad a que alude la demanda, como de ellas no se hace mención alguna en la sentencia, el actor ha debido formular el cargo contra aquélla, no por violación directa del artículo 38, sino por violación indirecta del mismo, demostrando a la Corte, en la forma exigida por el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P. que el ad-quem apreció erradamente o se dejó de apreciar determinadas pruebas e incurrió en error manifiesto, con la consiguiente infracción de la norma legal sustancial. Como no lo hizo así el demandante, el reparo a la sentencia resulta inadmisibile. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

74

CLAUSULA DE RESERVA

Al no cumplir los requisitos señalados en la ley para el uso correcto de la cláusula de reserva, la terminación del contrato de trabajo que con su invocación hizo la Empresa, devino en injusta y en consecuencia el trabajador tiene derecho a la indemnización establecida en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945. (Sala de Casación Laboral, noviembre 15 de 1971).

75

COADYUVANCIA

Facultades del coadyuvante en el proceso.

Plantea el opositor, primera y principalmente, el punto referente a la admisión del recurso extraordinario, pues en su sentir

estuvo mal admitido y en consecuencia solicita que se declare improcedente, por falta de interés legítimo del impugnador, ya que, dice, dado su carácter de coadyuvante no puede ejecutar actos procesales que su coadyuvado no ejerció.

Sobre la base de que, como lo ha sostenido esta Corporación, el auto que admite el recurso de casación por no tener fuerza vinculante, es susceptible de revisión aun después de ejecutoriado, entra la Corte a reconsiderar tal cuestión, no porque estime ilegal ese proveído, sino en procura de fundamentos para el rechazo que habrá de darse a la pretensión ahora deducida por este litigante.

Ha sostenido la jurisprudencia nacional, interpretando el contenido del Art. 523 del C. Judicial que el derecho a interponer el recurso de casación sólo corresponde a la persona que, teniendo la calidad de parte en el juicio, haya sufrido agravio con la sentencia. Pero como en el campo del derecho procesal la expresión "parte" es genérica, ella requiere, a efecto de precisar su real significado, algunas consideraciones sobre su alcance.

La doctrina del derecho universal se ha ocupado intensamente, dentro de la teoría general del proceso, de determinar la posición que las partes han de tomar en él. Se dice que en tratándose de juicios contenciosos, para el desarrollo de la relación, es necesaria la presencia cuando menos de dos personas que ordinariamente asumen en ella posiciones antitéticas: el demandante y el demandado. Siendo aquél el sujeto que propone la demanda incoativa del proceso, y éste la persona contra la cual es propuesta, adquieren, por ese solo hecho la calidad de partes iniciales en el juicio.

Quienes in limine son terceros en la relación procesal, pueden, sin embargo, intervenir en ella por controvertirse allí una cuestión en la cual tienen interés directo o indirecto.

La intervención de terceros en el juicio es de dos especies: principal y accesoria o secundaria. Pero en ambos casos el interviniente, que hasta ese momento era un tercero en relación con el proceso en trámite,

asume en él, de entonces en adelante, la calidad de parte, por pretender algo en el juicio, y por lo mismo adquiere legitimación para actuar en la causa, si bien limitada en ciertos casos de intervención.

Caracterízase la intervención principal porque el tercero adviene al proceso a aducir una pretensión propia para que le sea reconocida en el juicio, en conexión con la de una de las partes o independientemente; porque mediante ella el interviniente no se limita a mediar en la causa que se ha trabado entre las partes originarias, sino que introduce en la relación procesal una nueva demanda que debe ser decidida. Por cuanto alega un derecho propio para hacerlo valer, es parte principal en el juicio; está en situación independiente o autónoma frente al demandante y el demandado, bien sea en oposición a ellos o con interés común a aquél o a éste, lo cual le apareja una legitimación principal en el proceso y por ende facultad para ejercitar en él todos los actos necesarios para la eficaz tutela de su derecho, sin subordinación de ninguna especie al actor o al reo.

En la intervención adhesiva, también llamada por coadyuvancia o *ad adiuvandum*, el interviniente se limita, en cambio, a apoyar la pretensión de la parte a que adhiere. No propone, como sí ocurre en el caso anterior, una nueva pretensión que amplíe el campo de la contención, sino que se limita a mediar en la causa pendiente entre las partes iniciales, que es la única que queda como objeto de declaración judicial, aún después de la intervención. El tercero no interviene para hacer valer un derecho suyo, en posición autónoma, sino simplemente para apoyar las razones de un derecho ajeno.

El interviniente adhesivo, que tiene interés propio en la causa ajena, toma partido en ella porque sabe que la derrota de la parte que coadyuva viene a repercutirle indirectamente en un perjuicio que así pretende evitar; entra a ser sujeto del proceso y adquiere, por tanto, legitimación para actuar en él, así no lo sea independiente o autónoma, sino subordinada a la de su coadyuvado, dado su carácter de parte accesoria.

Esta legitimación habilita al coadyuvante para ejercer en el juicio todos los actos que tiendan a una colaboración con la parte principal a la cual adhiere, la que también actúa, excepto los que conduzcan a determinar entre ellos posiciones contrarias en la relación procesal.

Más como lo acepta la doctrina del derecho procesal, la legitimación del interviniente adhesivo no tiene por objeto solamente una colaboración con la parte a cuya pretensión adhiere, sino que puede llegar también hasta suplir la actividad de ésta, cuando por cualquier motivo abandona total o parcialmente su defensa. "Regularmente —dice José Chiovenda hablando del interviniente adhesivo— su actividad puede suplir la actividad de la parte adyuvada, pero no encontrarse en contraste con ella" (Derecho Procesal Civil, Tomo II, Pág. 39, 3ª Edición). En el mismo sentido se expresan Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Manuel de la Plaza y Eduardo Couture, cuyas citas omite la Corte por razones de brevedad.

Para Leo Rosenberg, quien acoge el mismo criterio, la contradicción de actos realizados por el coadyuvante y "la parte principal debe establecerse en forma positiva; puede resultar de una declaración expresa de ella o de su conducta total en el proceso. En caso de duda se mantiene eficaz la intervención adherente" (Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 272).

Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente el coadyuvante está legitimado en el proceso en que interviene, no sólo para adherir a los recursos interpuestos por la parte coadyuvada, sino también para interponerlos él cuando ésta, por descuido u otra causa, no los propone, desde luego que con tal conducta y en tales circunstancias no asume posición contraria a la de su principal, sino que está supliendo su actividad, y, en fin realizando un acto procesal que, *in abstracto*, no se opone al interés de éste que se discute en el juicio.

De todo lo anteriormente expuesto resulta que el auto que admitió el recurso de casación, interpuesto en este juicio por el coadyuvante del demandado es legal; y que, por

tanto, debe la Corte entrar a la consideración de dicho recurso.

Es verdad que, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, la causal de nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser invocada en casación sino por quien ha estado ilegitimamente representado en el juicio, pues que estando tal motivo de invalidación del proceso establecido para proteger los fueros de la defensa del mal representado, es a éste a quien corresponde el interés jurídico para hacerla valer.

Ocurre, sin embargo, que si el coadyuvante interviene en el juicio para apoyar las razones de un derecho ajeno, y si, como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, a él le asiste legitimación en el proceso para ejercitar todos los actos que, sin colocarlo en posición contraria a la que asume el coadyuvado, busquen una colaboración con éste y aún los que tiendan a suplir su actividad, el principio doctrinario referido no se quiebra cuando es el interviniente adhesivo quien invoca como nulidad la indebida representación de la parte principal a la cual adhiere, desde luego que al actuar así, lejos de ponerse en contraste con la posición de aquélla, está obrando en beneficio de ella y en defensa del derecho que a ella corresponde. (Casación Civil, 5 de febrero de 1971).

76

COAUTOR

Es indiscutible que si en el auto de proceder se llamó a responder en juicio a los procesados con la denominación de coautores, y cuando se dictó la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primer grado, después de que el juri afirmó su responsabilidad, se les identificó como autores, la condenación no se altera en sustancia, pues la pena aplicable en ambos casos es la misma, a pesar de la cambiante denominación, así se hubiese omitido citar el Art. 19 del C. P. La condena reconoció como fundamento las voces del Art. 363 y 209 del C. P., en un todo de acuerdo con el auto de proceder, la formulación de los cuestionarios y la veredicción de los jueces

del pueblo. La sentencia es armónica y excluye consecencialmente la contradicción con el auto de proceder alegada por el recurrente. (Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

77

COLISION DE COMPETENCIA

Sólo puede proponerse cuando exista juicio.

Conforme a nuestra ley de enjuiciamiento civil para que la actividad jurisdiccional pueda proveer con eficacia sobre las pretensiones de los litigantes, es necesaria la existencia de juez competente para ello, es decir, del funcionario o corporación investido de jurisdicción y con facultad para ejercerla en ese caso determinado. Ha dicho la jurisprudencia que el juez o tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que le señala la ley, ya que, en suma, la competencia no es otra que el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta.

Si como lo enseña el Art. 143 del C. Judicial, por competencia debe entenderse la "facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República", se impone aceptar que la competencia es la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales.

La ley procedimental civil fija la competencia de los distintos jueces de la República para las diferentes clases de negocios atendiendo a los factores objetivo, subjetivo y territorial; ésto es, a su naturaleza, a la calidad de las partes y al lugar donde deben ventilarse. Preciso el juez competente para conocer del negocio, es éste y no otro u otros, el que tiene la atribución para tramitar y decidir la cuestión específicamente considerada, sin perjuicio de la prórroga de la competencia en los casos autorizados por la ley.

Para fijar la competencia por el factor territorial el legislador tiene en cuenta principalmente el domicilio del demandado,

pues considera que si éste debe comparecer en juicio por la sola petición del demandante ha de obligársele a hacerlo en las circunstancias menos gravosas para él. Señala así el *forum domicilii rei*, por virtud del cual generalmente el demandante está obligado a instaurar su demanda ante el juez del domicilio de su demandado. "En los asuntos contenciosos —dice el numeral 2º del Art. 152 del C. J.— por regla general, conoce el respectivo juez del domicilio del demandado".

Este fuero personal, sin embargo, puede ser exclusivo o concurrente, generando así la competencia privativa o la preventiva. Reviste el primer carácter cuando en virtud del domicilio único de la persona demandada, sólo hay un juez con atribución para conocer del negocio; y es concurrente cuando el demandado tiene domicilio en varios lugares o cuando son varios los demandados con domicilios diferentes, eventos en los cuales cualquiera de los jueces de esos domicilios puede conocer del negocio a prevención.

El fuero personal concurrente a elección del actor lo consagran expresamente los numerales 2º y 15 del Art. 152 *ibídem*, al decir "2ª) En los asuntos contenciosos, por regla general, conoce el respectivo juez del domicilio del demandado. Si éste tiene varios, el de cualquiera de ellos a prevención..."; y "15) En los juicios que se sigan contra varios demandados es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante".

Pero en el caso de pluralidad de domicilios del demandado, o en el de varios demandados con domicilios diferentes, la competencia preventiva de los jueces de todos esos lugares cesa para adscribirse privativamente al que primero aprehenda el conocimiento del negocio, puesto que, según lo estatuido por el Art. 149 del C. Judicial, con ello "previene e impide a los demás conocer del mismo". Mas, para que esta competencia inicialmente preventiva se convierta en privativa, es menester que se trabee regularmente la relación jurídico-procesal, puesto que sin la notificación del auto admisorio de la demanda no se aprehende el

conocimiento. "Por la notificación del auto en que se dispone dar traslado de una demanda —reza el Art. 320 *ibídem*—, y, en general, la primera que se haga en cualquier asunto judicial, cuando no es el caso de traslado, se entiende que el juez asume el conocimiento preventivo del negocio, si la jurisdicción no es privativa" (se subraya).

Siguiendo el contenido del Art. 413 del C. J. cabe afirmar que existe conflicto de competencia cuando dos jueces estiman, en desacuerdo, que a uno de ellos le compete el conocimiento de un asunto, o que a ninguno de ellos le corresponde. Hay, pues, competencia positiva o por inhibitoria, en el primer caso, y competencia negativa o por declinatoria, en el segundo. Empero, como lo ha dicho la doctrina, la colisión de competencias no surge en el momento en que ella se provoca, sino en el acto en que el juez requerido rechaza la decisión del requeriente, con lo cual se forma el incidente respectivo.

Cuando se provoca una competencia positiva o por inhibitoria, como su nombre lo indica, se busca que el juez que está conociendo de un negocio, se inhíba de seguir conociendo. Tal es el alcance inmediato que la ley atribuye a esta especie de conflicto, desde luego que el Art. 417 del C. Judicial preceptúa que si "provoca la competencia, dispone que se libre despacho inhibitorio acompañado de copia de la solicitud, de las pruebas presentadas y del auto que dicta, dirigido todo al juez que está conociendo del negocio", para que éste, "previo traslado de tres días a las partes que figuran en el juicio, decida si se inhíbe de seguir conociendo, o se deniegá a hacerlo" (Art. 418 C. J.). (Se subraya).

Expresamente determina la ley procedimental, mediante el precitado Art. 418, para la procedencia del incidente de colisión de competencias que exista juicio. Y si según el Art. 981 *ibídem* sólo hay "juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago...", cabe concluir afirmando que en el presente caso, por no haberse surtido aún esta diligencia, la formulación de la incidencia es prematura.

Es pues legalmente necesario para provocar una competencia positiva, que el juez requerido haya asumido ya el conocimiento del negocio; ésto es, que se haya trabado la relación jurídico-procesal, puesto que por mandato del Art. 320 citado, no basta la admisión de la demanda para entender que el juez "aprehende o asume el conocimiento" sino que es legalmente indispensable para ello que se haya hecho la notificación al demandado del auto que dispone dar traslado de la demanda, o de la primera providencia proferida en la actuación. (Casación Civil, 19 de abril de 1971).

78

COMPETENCIA

No se pierde por haberse conferido comisión.

De los preceptos que integran el Título VI del Libro 2º del C. Judicial, atinente a notificaciones, claramente surge que al demandado debe notificársele personalmente el auto que le confiere traslado de la demanda y que esa notificación, como regla general, ha de hacerla el secretario del juzgado del conocimiento; mas si aquél o su representante no se hallaren en el lugar donde se sigue el juicio y se conoce su residencia, la notificación se hace por medio de juez comisionado, como lo establece el Art. 314 del C. Judicial.

De consiguiente, háyase o no conferido comisión para notificar al demandado el auto admisorio de la demanda, si él se encuentra en el lugar donde se sigue el juicio, así sea de paso, la notificación debe hacerla directamente el secretario del juzgado del conocimiento, pues la competencia no se pierde por el hecho de haberse conferido comisión para el efecto.

Grave error es sostener, como lo hace el censor, que el juez de la causa, por haber comisionado a otro para la notificación del auto que admitió la demanda, había delegado la jurisdicción y, por tanto, había perdido la facultad de hacer notificar en su despacho ese auto al demandado, que estaba presente en el lugar del juicio. Ese hecho, como puede confrontarse en el Título X del

Libro I del C. Judicial, no entraña usurpación de jurisdicción, no genera para el comitente pérdida o suspensión de jurisdicción, y, finalmente, no quebranta ninguno de los preceptos de los Arts. 312 a 318 y 379 del C. Judicial, porque el comitente conserva la facultad de hacer notificar directamente al auto admisorio de la demanda; en cualquier momento, siempre que el demandado esté presente en el lugar del juicio, así se hubiera comisionado para ese efecto al de otro lugar donde residía aquél. (Casación Civil, 26 de enero de 1971).

79

COMPETENCIA

Conviene advertir que la competencia de la jurisdicción laboral no se determina, como lo pretende el recurrente, por la aplicación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por la falta de ellas.

La competencia se refiere a todos los casos en que haya un conflicto jurídico individual sobre el cual se invoque la existencia de un contrato de trabajo, o sea que dicho conflicto provenga directa o indirectamente de un contrato de tal naturaleza. Como en las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores puede existir contrato de trabajo, según lo determina el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, la jurisdicción del trabajo puede conocer de conflictos jurídicos en que sea demandante un trabajador oficial cuando se invoque la existencia del contrato de trabajo. (Sala de Casación Laboral, marzo 3 de 1971).

80

COMPETENCIA

La unidad de los delitos y la pluralidad de los sujetos activos no implica unidad del juzgamiento.

El Código de Justicia Penal Militar, en el inciso segundo del Art. 311 dice que "cuando se trata de delitos cometidos conjuntamente por personas sometidas a la jurisdicción castrense y por otras que no estén,

también deberán enviarse las copias necesarias para que ambas jurisdicciones puedan conocer de lo que les corresponde".

Analizando el artículo 311 mencionado, se deduce que lo que esa norma pretende es que las personas que gozaron de fuero y que están sometidas a proceso por sindicarse de haber cometido delitos en cooperación con otras que no disfruten de ese tratamiento especial, deben ser respetadas en su derecho al mismo y separados los procesos para que de juzgar a las primeras entienda la autoridad expresamente encargada de ello, en tanto que para aquéllas que no tienen fuero debe seguirse proceso por aparte. Establece, por lo tanto, la ley procesal una imperiosa obligación de separar los procesos de las personas protegidas por fuero de aquéllos que se siguen a quienes no lo tienen.

Y no permite la claridad de la norma citada, interpretarla de otra manera por ejemplo, subordinarla al criterio de la unidad de los delitos y de la pluralidad de los sujetos activos, para decir que siendo aquéllos los mismos, éstos deben ser juzgados todos por una misma justicia, que para el caso de autos podría ser la castrense como lo afirma el Comandante del Ejército porque tanto la letra como el espíritu de esa norma están diciendo que lo que quiere es separar al juzgamiento de las personas con fuero de las sin fuero, así sea sacrificando la economía procesal.

O sea que en el presente proceso, los militares deben ser juzgados por la justicia castrense y los particulares por la ordinaria, para lo cual, como dice el mencionado artículo deben enviarse copias a la jurisdicción correspondiente, en este caso la ordinaria, de lo conducente para que ésta juzgue a los particulares sindicados en el presente proceso. (Sala Penal, julio 2 de 1971).

81

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Consiste como se deja expresado en que, por no haber interrogado a los jurados sobre la complicidad correlativa que el de-

mandante considera implícitamente reconocida en el auto de proceder, se violaron las formas propias del juicio amparadas por el artículo 26 de la Constitución Política.

Revisado cuidadosamente el auto de proceder, no se encuentra allí fundamento alguno para pensar que se aceptó tácita, y mucho menos expresamente, la modalidad del homicidio a que se ha hecho referencia.

Por el contrario se presenta a ambos procesados atacando a la víctima y así se dice en el auto de primera instancia que "luego de maniatarlo, golpearlo y herirlo, en su desmesurado afán por encontrar cosas, dineros u otros objetos que su calenturienta imaginación les había presentado, se dieron a la miserable tarea de esculcarlo todo, incluyendo la parte interior del colchón que le servía al valetudinario anciano para reclinar su cuerpo" (Fls. 123, Cdno. principal); y en el de segunda instancia, se leen expresiones semejantes, que resulta ocioso reproducir, pero que llevan rectamente a concluir que tanto el juzgado como el tribunal consideraron que ambos procesados habían intervenido en las actividades delictuosas de la noche de autos, sin que en ningún momento se atribuyera cualquiera de ellas, en forma exclusiva, a uno de aquéllos.

Por otra parte, nada impedía el jurado, si hubiera encontrado que en los autos se presentaba la situación de complicidad correlativa planteada en la demanda, reconocerlo así en su veredicto ya que el artículo 535 del C. de P. Penal los faculta para "si juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación".

Y si no usaron de esa facultad en el caso de autos y se limitaron a responder el cuestionario con un escueto "si es responsable" fue porque juzgaron que no aparecían otras circunstancias a más de las mencionadas en la pregunta. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de octubre de 1971).

82

COMPUTO DEL TIEMPO PARA JUBILACION

El requisito estudiado está constituido en el artículo 260 C. S. T. por el tiempo total de vinculación, computado en años calendarios y es erróneo el entendimiento de que hay que convertir el trabajo real a jornadas normales u ordinarias que completen, de esta suerte, 7.300 días o 20 años.

Para la Sala el texto en cita, que consagra el derecho a jubilación —denominada plena o de valor equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año— en favor del trabajador que sirve a una misma empresa, de capital de \$ 800.000.00 o más, cuando llegue a los 55 años de edad, si es varón, o a los 50, si es mujer, "después de 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código", sólo requiere, en punto al hecho últimamente expresado de los 20 años de servicios, que éstos sean continuos o discontinuos, ésto es, que se presten de cualquiera de esas dos maneras, a una misma empresa, por ese tiempo total de vinculación, sin que la norma agregue, expresa ni implícitamente, que la labor cumplida tenga que serlo en jornadas de ocho horas diarias o de cuarenta y ocho semanales, ni, menos, como lo entendió el fallador de autos, en días hábiles, de jornada "normal", que sumados a los descansos legales completen los 7.300 días de veinte años en total. El precepto únicamente requiere, acerca de esta condición generadora, 20 años de servicios continuos o discontinuos y ello sólo puede referirse al tiempo de vinculación laboral, entendido en términos de años, como lo dice el legislador, lo cual determina cómputo por el calendario, que es el sentido que siempre ha tenido la prestación en examen en el derecho colombiano y en el común de las gentes, y es el que impone el Código de Régimen Político y Municipal, como lo advierten el Magistrado que salvó su voto y el acusador. En ninguna parte el Código Sustantivo del Trabajo ordena que esos años deban liquidarse en razón de la jornada de

8 horas diarias y sólo para ésta o para las 48 semanales, también de registro legal, e interpretarla de esta suerte es equivocarse su entendimiento, a través de una exigencia no expresada por el legislador. (Sala de Casación Laboral, junio 2 de 1971).

83

CONCURSO EFECTIVO Y APARENTE DE TIPOS PENALES

Piensa la Sala que el delito imputado, homicidio agravado, lo es efectivamente, por las condiciones de inferioridad en que fue colocado el occiso y por la forma artera como se le dio muerte. Y que se dio el concurso material imputado por el Tribunal sentenciador a uno de los sindicados —homicidio agravado e instigación a delinquir—, porque esta figura autónoma no quedó embebida en el homicidio agotado en persona distinta, hacia quien se dirigía la proposición a sabiendas de que la víctima era diferente.

No discute la Sala a contrario de las afirmaciones del recurrente, pero de acuerdo con él, en un todo, acerca de que la instigación privada a que se refiere el Art. 211 —proposición— es la calificación que mejor se ajusta a los hechos averiguados, afirma que se dio el concurso material entre el homicidio agravado y la instigación, deducida por el fallador, de instancia, porque la instigación se agotó como figura autónoma, cuando el sicario aceptó la comisión del homicidio en persona determinada, y el homicidio se realizó, con plena coparticipación del provocador, en persona distinta y en las condiciones ya anotadas. Dos fueron las personas que intervinieron en el homicidio. Y fueron dos acciones distintas con resultados diversos las realizadas por el provocador, correctamente deducidas por el Tribunal de Buga. Instigó al sicario, privadamente o no, a eliminar a una persona determinada. Y fracasado su intento, cooperó, en la forma especificada en el auto de vocación a juicio, es decir, en forma alevé y necesaria, en coautoría con el sicario, en la muerte de otra persona. A cada una de sus acciones corresponde una lesión jurídica

diferente. Cada una de ellas, de otra parte, contiene una intención distinta de su autor. El concurso es, en estas condiciones, material. Pluralidad de acciones, pluralidad de intenciones y pluralidad de resultados jurídicamente relevantes. No es discutible que cuando la instigación, en una cualquiera de las dos formas contempladas por el C. P. en los Arts. 209 y 211, se consuma plenamente, y se agota el delito que el provocador se proponía, la instigación desaparece y forma parte del inter criminis del delito consumado. Pero como figura autónoma que es, para su configuración como delito, basta la proposición al instigado, con independencia de que el delito perseguido llegue a su culminación, quede en la condición de imperfecto, o en el plano de la simple provocación. En el último caso, el agente responde por el delito de instigación, y, en los primeros, como copartícipes en el grado de responsabilidad deducible al provocador por los hechos que hubiera ejecutado. Pero, si, como en el caso de autos, se consumó la instigación aceptada por el inducido y, además, el homicidio, con plena coparticipación del instigador, no por error o accidente, en persona distinta de aquélla a quien el delito instigado iba dirigido, se consuman dos delitos distintos, en concurso material, pues no es lo mismo matar a una persona que a otra, a menos que la instigación hubiese tenido por cometido a una cualquiera de los dos. Cosa no demostrada en el cargo. El concurso formal no es posible en el caso que se analiza, por las siguientes razones: a) El concurso ideal o formal se cumple cuando con un hecho se realizan dos o más violaciones de la ley penal. b) Requiere para su integración de dos elementos: unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicamente relevantes. La acción debe ser singular tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo y debe comprenderse, en sentido jurídico, como unidad, pues bien puede descomponerse en varios actos secundarios que no logran desvirtuar su carácter unitario. c) Este carácter unitario, jurídicamente, no basta por sí solo para lograr el primer requisito del concurso formal. La acción debe, además, contener la totalidad de la intención perseguida por el delincuente. Cuando el agente se propone, valga el

ejemplo, matar a dos personas, la acción es única, ciertamente, pero son dos las intenciones y dos los resultados materiales, y debe aplicarse, en este caso y en puridad de doctrina, las normas que regulan el concurso material. Lo que, en síntesis, vale tanto como decir que la unidad de la acción no es independiente de su unidad jurídica valorada con sujeción estricta a la intención del agente.

La sola unidad de la acción con prescindencia del fin y de la intención del agente, no es pues suficiente a sustentar la teoría del concurso formal.

El segundo elemento es la pluralidad de lesiones jurídicas. La acción jurídicamente una y valorada en la forma antes anotada, es decir con relación al fin y a la intención del culpable, configura el concurso ideal cuando de ella se deriva una pluralidad de lesiones jurídicas. Debe destacarse eso sí que en el concurso formal o ideal (acción jurídicamente unitaria y lesión de varias leyes penales), éstas, las leyes penales, deben ser compatibles entre sí, sin excluirse recíprocamente, lo que no ocurre en el concurso aparente de leyes, en el cual las normas penales se muestran en situación excluyente, de forma que una sola tipifica realmente la acción delictiva y desplaza necesariamente a la otra.

Si el sicario hubiese realizado el homicidio instigado, en la persona determinada para tal fin, la instigación hubiera formado parte del iter criminis del homicidio. El concurso en este caso, sería el clásico de la apariencia (concurso aparente de leyes), y no el formal o ideal. Pero como la intención del instigador se dirigía hacia una persona determinada y así fue aceptado por el provocado, la instigación, fue consumada como figura autónoma independiente, en la forma prevista en el Art. 211, como lo afirma el recurrente. Como el homicidio se cumplió en un sujeto diferente, a sabiendas de que se trataba de persona distinta y se agotó con la participación plena de la pareja delincuente, surgió respecto de los dos, no cabe duda, la forma del concurso material sucesivo y heterogéneo, como consecuencia de acciones diversas, intenciones distintas y

violaciones de bienes jurídicos diferentes, individuales y protegidos, cada uno, específicamente (Arts. 353 y 211 del C. P.). (Sala de Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

84

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado, o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código.

Lo que este artículo expresa como en varias ocasiones lo ha dicho esta Sala de la Corte, es que el contrato de trabajo puede concurrir o estar involucrado con otro de distinta naturaleza. El ejemplo más frecuente de concurrencia es el de contrato de mandato con el de trabajo.

El Tribunal de Cartagena, entonces, se apartó del recto sentido de la norma, al entender que el contrato de trabajo celebrado por López Magri con la Internacional podría concurrir con otro de igual naturaleza celebrado por el mismo López con la Mamonal.

Tan claro es el equivocado concepto que sobre el fenómeno de la concurrencia de un contrato de trabajo con otro de naturaleza distinta tiene el fallador, que se expresó así:

“Y que Tirso López Magri fue simultáneamente empleado de Internacional Petroleum (Colombia) Limitada, es también cosa sobradamente probada en el proceso. Pero es que la existencia de este contrato elimina la posibilidad de que existiera aquella otra convención? No, por cierto. Porque, de acuerdo con el artículo 25 *ibidem*, aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas del Código”. Este error tan protuberante del sentido y alcance del artículo 25 C. S. T. llevó al Tribunal de Cartagena a cometer otro en la conclusión que sacó respecto a la vinculación que ligó a López con la Mamonal porque confundió el fenómeno de coexistencia con el de concurrencia de contratos de trabajo.

Habiéndose interpretado erróneamente por el ad-quem el artículo 25 C. S. T. y por consiguiente el 24 ibídem, y siendo falsa la conclusión a que llegó, precisamente por la equivocada inteligencia que tuvo del primero, es apenas lógico afirmar que las normas citadas como indebidamente aplicadas, los artículos 57, ordinal 4º, 186, 189, 249, 306 y 65 ibídem, si lo fueron y entonces la sentencia debe ser casada. (Sala de Casación Laboral, febrero 17 de 1971).

85

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

La jurisprudencia ha estimado que es posible y admisible esta concurrencia. Para la validez de estos contratos no puede afectarse con ellos el orden público y las buenas costumbres, ni disminuirse, concretamente, el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores.

Las pruebas señaladas por el recurrente como inapreciadas o apreciadas erróneamente, no desvirtúan que las actividades desarrolladas por el demandante lo fueron para un único patrono, cumplidas simultáneamente, sin jornadas predeterminadas para cada una de ellas, hechos que condujeron al ad-quem a la conclusión de que existió una sola relación laboral, y esta calificación de los hechos no es lógica, porque la relación de trabajo puede ser una, aún cuando sean varias y distintas las modalidades en que se cumple, y varios también los contratos de trabajo que la regulan.

Este fenómeno, que no está regido por el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo estimó el a-quo, ni por el 26 ibídem, como lo apreció el Tribunal Superior, puede presentarse y producir efectos legales, porque no hay norma que prohíba la celebración de dos o más contratos de trabajo entre las mismas partes. La jurisprudencia ha estimado que es posible y admisible esta concurrencia, como puede verse en sentencia de cinco de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. Claro es que para la validez de estos contratos no puede afectarse con ellos el orden público y las

buenas costumbres, ni disminuirse, concretamente, el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, pues de lo contrario uno, varios o todos de los contratos no producirían ningún efecto según el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo.

En estos casos de dualidad o variedad de contratos de trabajo entre las mismas partes, patrón y trabajador, la relación laboral es una, sometida a diferentes regulaciones convencionales en cuanto a la prestación de servicios por parte del trabajador y al consecuencial pago de la remuneración por parte del patrono. Así la labor desarrollada puede ser diferente bajo uno u otro contrato, como algunas de sus obligaciones en cuanto al modo, tiempo y lugar de prestación de servicios, y diferentes también la remuneración que recibe el trabajador, en relación con la cuantía, forma y período de pago. Estas modalidades, acordadas en dos o más contratos, son también susceptibles de pactarse en una sola convención, o adicionarse la primitiva con las nuevas que posteriormente se acuerden. Pero en uno u otro evento la relación laboral es una sola, pues la subordinación subsiste en todos los contratos, así como el aprovechamiento que hace el patrono de los servicios prestados por el trabajador. (Sala de Casación Laboral, octubre 29 de 1971).

86

CONCUSION

Modalidades de esta figura delictiva.

Como lo ha dicho la Corte en múltiples ocasiones, "el concusionario no sólo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abuso de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima o inducir-la a dar o prometer lo que se pide sin justa causa. Por eso la concusión puede ser explícita o implícita. Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta for-

ma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto el ardid proviene del oficial público que traiciona su investidura" (Cas. de 25 de abril de 1966, LXXXII, 379, entre otras). (Sala Penal, 30 de abril de 1971).

87

CONDENA EN ABSTRACTO

No es ella procedente, entre otras, por estas razones: el salario reconoce por causa jurídica el contrato de trabajo, por lo cual la acción del acreedor para su reclamo judicial es principal. De otro lado el salario no es un fruto civil, un interés o un perjuicio, y por eso no guarda analogía con bienes de esta clase.

En sentencia de 21 de septiembre de 1962 dijo también la Sala Laboral de la Corte:

"Si el trabajador que demanda en juicio el pago del salario o de una obligación derivada del contrato laboral cuyo importe fija la ley tomando el salario como unidad de medida, no demuestra el hecho, extremo fundamental de la relación de trabajo, la decisión tiene que ser absolutaria del demandado, sin que quepa la condena in genere. No basta ser titular de un derecho para su reconocimiento en juicio, aunque se pretenda la condena sin fijación de su importe; si quien afirma tenerlo no lo demuestra, el juez no puede declarar la voluntad de la ley en su favor. Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que, aprobado el servicio personal dependiente y el período de vigencia del contrato, acuda el juez al salario mínimo legal, desde la fecha de su establecimiento. Este criterio, adoptado por la jurisprudencia, se explica y encuentra respaldo en textos del estudio laboral sustantivo, entre otros, en el de su artículo 27". (Sala de Casación Laboral, agosto 23 de 1971).

88

CONFESION

La confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autori-

zación de su poderdante la cual se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas (Arts. 607 C. J.).

En el acta de la audiencia de trámite celebrada ante la Sala de Decisión Laboral respectiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el doce de marzo de mil novecientos setenta, se lee lo siguiente: "Seguidamente la Sala resolvió: exhórtase al Sindicato de las Empresas Públicas para que informe sobre la afiliación del demandante. Con respecto a la inspección ocular, oportunamente se decidirá; en este estado el señor apoderado de la parte opositora manifiesta que al demandante en verdad no se le ha efectuado pago alguno de viáticos, y sobre un reconocimiento que le fue hecho se elaboró el cheque, que no quiso recibir. Así las cosas, el Tribunal consideró innecesaria la práctica de dicha inspección ocular". (Folio 232).

El apoderado de la parte "opositora" a que se refiere el párrafo transcrito es el doctor Luis E. Velásquez Uribe, a quien le confirió poder el señor Alejandro Uribe E., Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, en el mismo escrito contenido de la contestación de la demanda (folio 11), habiéndosele reconocido personería por el Juzgado del conocimiento en providencia de trece de julio de mil novecientos sesenta y siete, y de allí en adelante continuó actuando como mandatario judicial de la entidad demandada.

En el cargo que se estudia, esa manifestación del doctor Velásquez Uribe se califica por el impugnador como confesión judicial, para fundamentar en su falta de estimación la existencia del error de hecho que le atribuye al Tribunal Superior.

Ahora bien: como lo anota el opositor, el inciso segundo del artículo 607 del Código Judicial dispone: "La confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas". De manera que esa manifestación hecha por el apoderado judicial de la demandada, ante juez competente, por co-

nocer el Tribunal Superior de la causa, de ser cierto un hecho que perjudica a su poderdante, no tiene valor alguno en el aspecto probatorio. En consecuencia no es posible fundamentar en su falta de apreciación por el ad-quem, la existencia de un error de hecho.

La circunstancia de que el Tribunal Superior se hubiese abstenido de practicar una inspección ocular para comprobar lo afirmado por el demandante, ante la sola declaración de que era cierto, hecha por el mandatario judicial de la demanda, no le da a dicha manifestación el mérito probatorio que la ley le ha negado. (Sala de Casación Laboral, abril 23 de 1971).

89

CONTRATO

Requisitos para su validez.

Según varias disposiciones del Código Civil, para que un contrato se forme y sea válido se requiere que concurren las siguientes condiciones:

1ª El consentimiento (ordinal 2º del Art. 1502), que debe tener causa (inciso segundo del artículo 1524) y por objeto los de las obligaciones que está destinado a crear (artículo 1517);

2ª La capacidad de las partes contratantes (ordinal 1º del Art. 1502);

3ª La licitud del objeto u objetos de las obligaciones (ordinal 3º ibídem);

4ª La licitud de la causa (ordinal 4º ibídem);

5ª La falta de vicios del consentimiento ordinal 2º ibídem); y

6ª El cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades impuestos por la naturaleza del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (Art. 1500). (Casación Civil, 20 de agosto de 1971).

90

CONTRATO DE TRABAJO

Solamente las personas naturales pueden prestar servicios personales, al tenor del artículo 22 del C. S. del T.

En la cuenta de folio 175 hay también esta leyenda "Materiales de construcción", indicios muy serios para la Sala sobre la forma en que el demandante acostumbraba a vincularse con las entidades para las cuales ejecutaba obras, les conseguía personal y les vendía materiales. En los membretes de las cuentas se da la impresión de que Alfonso Medina formaba parte de una sociedad, porque aparece estampada la razón social de "Medina e Hijos". Sin embargo, de autos no hay base alguna que acredite la existencia de una sociedad legalmente constituida o de hecho, porque si tal probanza apareciera de autos, de plano habría que descartar la existencia del contrato de trabajo, porque solamente las personas naturales pueden prestar servicios personales, al tenor del artículo 22 del C. Sustantivo del Trabajo. También es indicativo o indiciario de la convicción que tenía el demandante de no estar vinculado a la empresa demandada por medio de contrato de trabajo, que al desvincularse de ella no reclamó prestaciones sociales, sino una bonificación como reajuste de los contratos de suministro de personal, que según expresó no le dieron rendimiento adecuado. (Sala de Casación Laboral, octubre 14 de 1971).

91

CONTRATO DE TRABAJO

(Fecha de iniciación de labores)

Ahora bien, como se trata nada menos que de la fecha de iniciación de labores, que no es una circunstancia secundaria en el contrato laboral sino de vital importancia para todos los efectos resultantes de las obligaciones recíprocas de las partes, ese cambio de ubicación de fecha y esa tachadura sin salvedad ninguna, invalida la capacidad probatoria del referido documento que, dicho sea de paso, fue tachado de falsedad, tacha que no fue tramitada.

La desestimación probatoria que hizo el ad-quem con respecto a la fecha del contrato derivada del documento precitado no resulta evidentemente equivocada. (Sala de Casación Laboral, julio 13 de 1971).

92

CONTRATO DE TRABAJO

(Su terminación)

Una cosa es la prohibición de terminar los contratos de trabajo sin causa legal y otra muy diferente el término de duración de los mismos y la indemnización que corresponda por su terminación unilateral e ilegal.

La prohibición de no despedir a un trabajador sin causa legal tiene su origen en la calidad de bilateral del vínculo y en este caso concreto, además, en la convención. La duración de un contrato, es cuestión potestativa de las partes, circunscrita, desde luego, por normas superiores como las que se refieren, por ejemplo, a la estabilidad en el empleo. (Sala de Casación Laboral, febrero 23 de 1971).

93

CORRECCION DE LA DEMANDA

Los dos cargos formulados por la parte recurrente se fundan en una premisa común: las demandas pueden ser "aclaradas, corregidas o enmendadas", mas no adicionadas con nuevas súplicas que no sean "subalternas, secundarias, dependientes o consecuenciales" de las propuestas en el libelo original.

No comparte la Corte la interpretación del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil que contiene el anterior planteamiento del censor. Los vocablos "aclararse, corregirse o enmendarse", empleados en la redacción de ese texto legal, carecen del sentido estricto y marcadamente limitado que la censura les atribuye. El fenómeno procesal conocido con el nombre de corrección de la demanda tiene una significación más amplia, un alcance mayor.

Cuando el demandante hace uso del derecho de corregir su demanda con el fin de proponer una o más acciones no ejercitadas en el libelo original, la corrección es admisible en cuanto la nueva o nuevas acciones

sean acumulables a la primera. Para determinar si lo son o no lo son, es preciso atender a la regla contenida en el ordinal 3º del artículo 209 del citado Código, a saber: "3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". La demanda y su corrección forman un solo cuerpo. Por lo tanto, la disposición del ordinal transcrito les es aplicable cuando en la corrección se introducen acciones adicionales acumuladas a la inicialmente propuesta. (Casación Civil, 24 de febrero de 1971).

94

CUANTIA DE LA PENSION ESPECIAL
DE JUBILACION

Si la pensión plena que le hubiera correspondido al trabajador demandante era de \$ 6.000.00 mensuales la pensión especial a que tiene derecho según el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, debe ser proporcional al tiempo de servicios en relación con los \$ 6.000.00.

De manera que si la pensión plena que le hubiera correspondido al trabajador demandante en caso de reunir los requisitos legales era de seis mil pesos (\$ 6.000.00) mensuales, por mandato expreso de la ley, la pensión especial a que tiene derecho según el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, debe ser directamente proporcional al tiempo de servicios en relación con los seis mil pesos (\$ 6.000.00), y no respecto a una cantidad liquidada con base en el promedio salarial del último año de servicios, a la cual no tendría derecho el demandante por ser superior al máximo legal. (Sala de Casación Laboral, octubre 6 de 1971).

95

CUENTAS

Elementos esenciales del mandato. Exoneración de rendir cuentas o de documentar-

las. Partidas importantes, su calificación. Objeciones a las cuentas; objeto de la litis; carga de la prueba; oportunidad de presentarla.

Es incuestionable que el procurador o mandatario tiene, entre sus obligaciones, la de dar cuenta de su administración, presentando, al comitente o mandante, una relación pormenorizada del giro de aquélla, que constituye la rendición de cuentas, y documentando las partidas que tengan la calidad de importantes, "si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación".

No es de la esencia del contrato de mandato que el procurador rinda cuentas, ni lo es que al rendirlas deba documentar las partidas que son de importancia. El mandante puede eximir al apoderado no solamente de su obligación de documentar, es decir, de respaldar con escritos justificatorios las partidas importantes, sino que puede relevarlo también de rendir cuentas. Lo anterior, como lo dice el Art. 2181 del C. Civil, in fine, "no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante", pues de otro modo, esa amplitud conllevaría una condonación del dolo futuro, la que expresamente está prohibida por la ley (Art. 1522 del C. C.). Por consiguiente, el contrato de mandato no degenera en otro por el hecho que al procurador se le exima de la obligación de rendir cuentas o de la de documentar las partidas importantes.

No existe norma legal que permita calificar, en cada caso; cuáles partidas son importantes y cuáles no tienen esta calidad. Compete, en cada caso particular, al fallador de instancia esta apreciación y determinación, pues, como lo ha dicho la Corte, aquel concepto es relativo, ya que las mismas cuentas no están rodeadas siempre por iguales circunstancias de tiempo, lugar, objeto, valor, costumbres, etc.", pues suelen ser muy variadas y cambiantes las situaciones y circunstancias en que una persona recibe el cargo de gerenciar lo ajeno".

Por la confianza que, en principio, tiene el comitente en la persona a quien encarga la gestión de uno o varios de sus negocios, se explican los preceptos de la ley que autorizan al mandante relevar al mandatario de la obligación de documentar las partidas importantes de las cuentas que rinda y aún de eximirlo de rendir éstas. Pero esa relevación o exoneración no tiene que pactarse antes de la celebración del mandato o al momento de perfeccionarse éste; bien puede el comitente concederla durante la ejecución de los negocios confiados y aún después de haber terminado el mandato. Como la rendición de cuentas y la documentación de partidas importantes son hechos que miran al personal interés del mandante, bien puede éste renunciar a esos derechos, pues de otro lado no está prohibida esa renuncia (Art. 15 C. C.). Estas las razones para la relevación autorizada en el Art. 2181 ibídem y para que el Art. 1128 del C. Judicial disponga que, no haciéndose objeción alguna a las cuentas presentadas, lo que también puede entrañar exoneración de aquellas obligaciones, se les debe impartir aprobación y que "la decisión no es apelable".

Pero esta última disposición no puede entenderse en el sentido de que, al dársele traslado de las cuentas, el comitente demandante no tiene otra alternativa que objetarlas íntegramente, o aprobarlas totalmente, ya en forma expresa como cuando por escrito hace saber el juez que las acepta, ya en forma tácita como cuando deja vencer el término legal del traslado sin hacer objeción alguna. En este último evento, su silencio tiene valor de un asentimiento total.

Pero pudiendo también el mandante presentar objeciones parciales, cuando esto ocurra, sólo se entenderán impugnadas las partidas claramente objetadas, y tácitamente aprobadas las que no fueron materia de objeción. Entonces, el litigio queda delimitado al campo de las partidas que fueron objetadas, y cuyas objeciones no fueron asentidas por el mandatario. En este evento, se abre a prueba y se sigue el juicio por los trámites de la vía ordinaria (Art. 1132 del C. J.).

Síguese de lo anterior que todas las partidas de la rendición de cuentas que no sean objetadas, quedan fuera del campo de la litis, pues el hecho de que no hayan sido materia de objeciones, indica claramente que el mandante las aprueba en forma tácita al guardarse de impugnarlas. Por tanto, si quien examina las cuentas, al descorrer el traslado que de ellas se le dio, hace críticas generales sobre la manera como fueron rendidas y expone su pensamiento al respecto rechazándolas en forma global, y en el mismo escrito y de manera concreta formula cada una de las objeciones, individualizándolas, y además, numerándolas de tal manera que cada objeción pueda distinguirse nítidamente de las otras, porque tiene entidad autónoma y definida, está diciendo que, no obstante las fallas o defectos que encuentra en la totalidad de las cuentas, sin embargo, limita su rechazo, por su propio querer, por la facultad que tiene de relevación o exoneración, al contenido de las objeciones. De otro modo, se violaría el deber de lealtad procesal que impone al demandante la obligación de manifestar, expresa o tácitamente, cuáles partidas acepta, y decir, ya de manera expresa, no tácita, cuáles objeta, indicando el fundamento de su rechazo, pues ésto tiene singular importancia para determinar la carga de la prueba. La aceptación puede ser expresa o tácita, como quedó visto; en cambio, las objeciones sólo pueden proponerse en forma expresa y concreta.

Es doctrina constante de la Corte que si el demandante objeta una de las partidas debidamente documentadas, a él compete la carga de probar su objeción, porque el mandatario cuentadante ya había cumplido su deber legal al respaldar en constancias escritas la partida citada, que es en lo que consiste la obligación que le impone el artículo 2181 citado, en su segundo inciso, pues no es lo mismo partida documentada que partida plenamente comprobada. Por el contrario, si el cuentadante no documentó las partidas importantes o algunas de ellas y se presenta una objeción con fundamento en que falta la constancia escrita que respalde la partida, entonces, la carga de la prueba recae en el mandatario, porque ese es su deber, siempre que se trate

de partida de importancia, ya que las que carecen de esta calidad no requieren documentación y, en ese evento, la carga de la prueba también recaería sobre el objetante.

Cuando por haberse presentado objeciones en alguna de las cuales no conviene el cuentadante, se convierte en ordinario el juicio especial de cuentas, la demanda y la respuesta, están constituidas, respectivamente, por el escrito en que el mandante formula las objeciones y por el de respuesta en que el mandatario no asiente a todas o parte de aquéllas. Por tanto, la sentencia con que culmina el juicio, debe estar en consonancia con aquellos dos escritos que hacen las veces de demanda y respuesta.

Si presentan unas cuentas sin documentación alguna, y el juez, dando aplicación al Art. 1126 del C. J., da traslado de ellas al demandado, ningún precepto legal viola, pues, de un lado, no hay norma imperativa que disponga, como lo pretende el recurrente, que la documentación de las cuentas no pueda llevarse a cabo después de rendidas, y que, en el mismo momento en que se rinden, deben estar respaldadas con las constancias escritas respectivas. Esta interpretación contradice el espíritu del Art. 1126 citado que permite al demandante objetar las cuentas apoyándose unas veces, como quedó visto, en que las partidas importantes no están documentadas, y otras en que a pesar de tener documentos adjuntos, éstos son falsos o están adulterados, o que el gasto proviene de administración fraudulenta, etc. Agrégase a lo anterior, como quedó visto, que es al fallador de instancia a quien compete calificar qué partidas son importantes, y que el momento procesal oportuno para esa calificación no es aquél en que se da traslado de las cuentas rendidas, sino cuando se pronuncia la sentencia, después del amplio debate donde las partes adujeron las pruebas conducentes a determinar quién debe a quién y cuánto. Es en la sentencia donde el fallador puede calificar debidamente qué partidas son importantes; antes de vencerse el respectivo término probatorio, sería apresurado exigir aquella calificación, pues el juez aún carece de medios de convicción sólidos, ya que a la demanda para que se rindan cuentas apenas "debe

acompañar el demandante una prueba, si quiera sumaria, en que apoye su derecho", como lo dice el Art. 1120, y como el mandante, en cualquier tiempo, puede relevar al mandatario de la obligación de documentar las cuentas importantes, si el juez para dar traslado de las cuentas rendidas exigiera previamente al cuentadante que instrumentara las partidas calificadas de importantes, menoscabaría aquel derecho del mandante, y el que tiene el mandatario para que sus cuentas no objetadas, aunque carezcan de respaldo documental, se entiendan aprobadas. En ninguna parte ordena la ley que el cuentadante tenga que presentar los documentos en la primera etapa de la rendición de cuentas, etapa que consiste en presentar al juez, dentro del término prefijado, la relación pormenorizada de ingresos y egresos, que, como lo ha dicho la Corte, es una historia escrita de la administración ejecutada en lo que respecta al movimiento de dineros y bienes en general, por activa y por pasiva, con el saldo correspondiente. Bien puede el mandatario, para cumplir su obligación de documentar las cuentas, presentar, durante el período probatorio que sigue al momento en que éste rechaza alguna o algunas de las objeciones presentadas por el comitente, las constancias escritas o documentos que prestan apoyo a las partidas importantes. (Casación Civil, de 4 de febrero de 1971).

96

CUESTIONARIOS, ELABORACION

Es cierto que en los juicios en que interviene el jurado debe inquirírsele a éste en los cuestionarios que deba resolver sobre los hechos estructurales del delito o de los delitos objeto de la acusación, sin darle denominación jurídica, pues así lo preceptúa el Art. 533 del C. de P. P., que codificó el 28 de la Ley 4ª de 1943.

Pero de esta normación no puede deducirse, como lo sostiene el actor, nulidad de la actuación si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor claridad y precisión, alusiones incidentales a asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan

campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que éste tengan a bien expresar.

Importa observar que ni la norma que regula la elaboración de los cuestionarios para el jurado, ni ninguna otra disposición legal, conmina con nulidad el hecho de que en ellos se incluyan calificaciones jurídicas en aspectos de la conducta delictuosa, tales como el fin de encubrir un delito de robo en caso de homicidio, o la clase de complicidad con que procedió alguno de los cooperadores en la infracción, materias que en este proceso se trataron en el pliego de cargos y se debatieron en el juicio sin ninguna perplejidad. Y si en eventos como el descrito no existe nulidad por mandato legal, mucho menos puede afirmarse nulidad de carácter constitucional en base al artículo 26 de la ley suprema, pues este tipo de nulidad excepcional, ideada por la jurisprudencia, sólo es admisible como lo tiene dicho la Corte en numerosos fallos "cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". (Sala de Casación Penal). septiembre 3 de 1971).

97

CURADURIA DE BIENES

No confiere la representación extrapatrimonial del propietario.

El Código Civil distingue la capacidad jurídica de la capacidad legal; hace consistir la primera en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por sí misma y sin el ministerio o autorización de otras. Por cuanto el proceso no es más que un tipo particular de intervención jurídica, estas dos nociones se proyectan del derecho sustancial al derecho procesal, en el cual reciben los nombres de capacidad para ser parte y capacidad procesal, respectivamente.

La primera, que consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal,

corresponde a las personas, naturales o jurídicas; la capacidad para comparecer en juicio, que se traduce en la aptitud para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal del derecho civil, y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces.

Así como la capacidad sustancial que en general tiene toda persona no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también su capacidad para ser parte en un proceso no implica que siempre pueda intervenir en el juicio de manera personal y directa. Pero aquí como allá imperan los mismos principios generales: es capaz para comparecer en juicio toda persona que la ley no haya declarado incapaz; y quienes sean incapaces procesalmente, comparecen en juicio por intermedio de sus representantes legales (Arts. 230 y 240 del C. J.).

El ausente mayor de edad no es, por el solo hecho de haber desaparecido del lugar de su domicilio sin que se tenga conocimiento de su paradero, un incapaz legal, puesto que no lo cita como tal el Art. 1504 del C. Civil, ni norma especial alguna le atribuye ese carácter. No es, por consiguiente, persona que deba estar sometida a representación legal mientras no se desvirtúe la presunción de capacidad que lo ampara. Por ello, y en virtud de que aún es sujeto de derecho, no es posible desconocerle aptitud para ser parte en un proceso, ni capacidad para actuar en él: sólo que por razones de orden puramente material o físico, en los juicios en que figure como demandado, el juez deberá, previo emplazamiento, designarle un curador para el litigio, que es la forma de citar a los demandados inciertos o a aquéllos cuya residencia se desconoce, según lo preceptuado por el Art. 317 del Código de Procedimiento Civil.

En orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador coloca estos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las cuales inviste de atribución para actuar en su nombre, y a quienes llama "representantes legales". Así, según lo imperado por el artículo 62 del C. Civil, la representación del

hijo de familia la lleva el padre o madre respectivo; y la del pupilo, el tutor o el curador correspondiente.

Las guardas son, según las disposiciones que integran el Título XXII del Libro I del C. Civil, de varias clases, que es preciso conocer a fin de determinar en cuáles va anexa la facultad representativa del pupilo.

Las guardas se clasifican en tutelas y curadurías. Corresponden las primeras a los impúberes; están sometidos a curatela general los menores adultos, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y los pródigos en interdicción (artículos 431 y 432 del C.C.). Pero al paso que la tutela es siempre de carácter general y como tal mira al cuidado de la persona y al de los bienes del incapaz, siendo por tanto de un solo tipo, la curaduría en cambio, según la extensión de las facultades del guardador, es de dos clases: general y especial.

La curatela general se caracteriza porque confiere al guardador simultáneamente la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y el cuidado de su persona. Las demás formas de curadurías no se refieren directamente a la persona del pupilo sino sólo a su patrimonio, o a parte de él, o a su representación en un acto aislado de su actividad jurídica (artículos 428, 430, 431, 432, 433 y 435 del C.C.).

Dentro de estas guardas especiales emergen con perfiles propios e inconfundibles las llamadas "curadurías de bienes", las que, como su nombre lo indica, no se refieren a la guarda de las personas, dueñas actuales o eventuales de un patrimonio, sino principalmente a los bienes de éstas. Dado el objetivo propio de esta guarda especial, el curador de bienes tiene también reducidas las facultades administrativas que corresponden al guardador general, y limitadas, en principio, a los actos de mera custodia y conservación de los bienes que se le han entregado.

No es permisible sostener, como lo pretende el opositor al recurso, que al curador de los bienes del ausente corresponde "representar o autorizar al pupilo en todos los

actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan”, atribución general que para los guardadores consagra el artículo 480 del Código Civil; porque tratándose de una curaduría especial, en la determinación de sus efectos deben regir preferentemente las modificaciones consignadas en las disposiciones especiales, según las claras voces del artículo 429 *ibídem*.

Contribuye a advertir la inexistencia de representación extrapatrimonial en el caso de los curadores de bienes, lo estatuido por el artículo 580 del C.C. Porque si según esta norma tales curadurías terminan “por la extinción o inversión completa de los mismos bienes”, siempre que el hecho ocurra cesarán las funciones del curador y consiguientemente no podrá continuar actuando en esa calidad en los procesos en curso, ni en los que posteriormente se adelanten.

Comentando el sentido y el alcance de los artículos 487 y 490 del Código Civil Chileno —iguales en su contenido a los artículos 575 y 578 del Código Colombiano—, dice Luis Claro Solar: “El curador de bienes ejerce únicamente ciertas facultades que la ley le confiere y que llevan anexa la representación del propietario de los bienes cualquiera que sea, en cuanto tal representación es necesaria para la ejecución del acto y para evitar los perjuicios que la falta actual de propietario pudiera ocasionar al mismo patrimonio y a terceros. En el momento en que se ejecuta un acto dado, el cobro del crédito, por ejemplo, el ausente puede haber fallecido, se ignora quién es el heredero que aceptará la herencia, la criatura que está en el vientre materno puede no llegar a existir, pero el acto se ejecuta en provecho del dueño de los bienes, en definitiva en virtud del mandato legal que la ley confiere al curador, persiguiendo el interés social de que los bienes no permanezcan abandonados y de que las riquezas que representan económicamente no se pierdan para la sociedad. En este sentido figurado ha hablado la ley de sus respectivos representados en los artículos 487 y 490”. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, Pág. 213).

La curaduría de bienes del ausente puede estar relacionada con la presunción de muerte por desaparecimiento, pero sin ser etapa esencial en el proceso respectivo. En él, como es sabido, existen tres períodos básicos: el de la mera ausencia, que se da por el solo hecho del desaparecimiento; el de la posesión provisional; y el de la posesión definitiva de los bienes. En el primero de éstos períodos cuidará de los bienes del ausente su mandatario general; pero, si éste no existe, entonces sí procede nombrarle curador a los bienes del desaparecido, quien los administrará.

El legislador estableció la curaduría para los bienes del ausente no sólo tomando en cuenta los intereses del dueño del patrimonio, sino también los derechos de terceros. En virtud de tales objetivos el curador puede, cuando de acciones patrimoniales se trate, demandar o ser demandado, como representante del ausente y como administrador de un conjunto de bienes que se le ha entregado para su cuidado; pero no es legal que actúe en los procesos en que se ejerciten acciones extrapatrimoniales, como lo son las de estado y en las cuales figure como parte el ausente, eventos éstos en que se impone, por razón de la ausencia que imposibilita materialmente su intervención en el juicio, designarle un curador *ad-litem*, previo emplazamiento.

Viene de todo lo anteriormente expuesto la conclusión de que, habiendo actuado en este juicio de filiación natural la curadora de bienes del ausente, como representante legal del demandado, la personería de aquélla resulta ilegítima por carecer de facultad legal para representarlo judicialmente. Y como este defecto procesal está erigido por el artículo 448 del C. J., en causal de nulidad para todos los juicios, síguese que este proceso se encuentra viciado en su totalidad por tal motivo, y, consecuentemente, que el cargo formulado con apoyo en la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 ha de ser acogido. (Casación Civil, de 5 de febrero de 1971).

98

DEBER DE DAR NOTICIA DE INFRACCIONES PENALES

Deber de dar noticias de infracciones penales. (Limitaciones al artículo 12 del Código de Procedimiento Penal).

Según reiterada jurisprudencia de la Corte, la obligación que a los funcionarios imponen los artículos 174 del C. P. y 10 del P.P. está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario se forme del hecho, para saber si en un momento dado es o no constitutivo de delito, o si realmente ha sucedido o no; es decir, si —en su concepto— el hecho no ha ocurrido o si hay dudas racionales sobre su existencia o si no tiene el carácter de ilícito, la obligación de dar cuenta de él a la autoridad competente no es imperativa ni comporta deberes y obligaciones cuya omisión lo haga responsable ante la ley.

La propia Corte ha dicho que la expresión **tener conocimiento**, empleada en los citados artículos 174 y 10, quiere decir **tener conciencia, estar convencido, saber**; o sea, que la obligación que ellos imponen al funcionario está sujeta al criterio que éste tenga sobre la existencia o la ilicitud del hecho de que se trate. Y es que el mentado artículo 174 establece sanción para los funcionarios o empleados públicos que omiten el deber a que hace referencia, mas esa obligación de “dar noticia” se vincula directamente con la “comisión de un delito”; de manera que si en concepto del funcionario el hecho no es constitutivo de infracción de la ley penal o no se ha cometido realmente o existen dudas sobre su existencia, cesa el deber legal y la omisión —se repite— no acarrea en ningún caso responsabilidad, pues la simple posibilidad de que ésta o aquella actuación sea real o constitutiva de delito, no es motivo de información.

En el caso **sub examine**, el Gobernador del Cauca quiso cerciorarse de que el hecho presuntamente delictuoso de que le informaban era realmente cierto. Aún más: propuso medidas enderezadas a dotar de efectividad la investigación para que el delito, de ser

cierto, no quedara impune. De suerte que él no prejuzgó, ni omitió o rehusó el cumplimiento del deber impuesto por los mencionados artículos 174 y 10. El procuró amparar por igual los derechos individuales y el derecho social, “que no es, en suma, sino la armoniosa ordenación de aquéllos al beneficio de la comunidad. Precisamente a perevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el capítulo 1º del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las autoridades, como delitos contra la administración de justicia”. (C.S.J., auto de 15 de marzo de 1956). (Sala Penal, 28 de abril de 1971).

99

Deberes del abogado, cuando asume la defensa de una persona.

El defensor tiene líneas intraspasables, más allá de las cuales comienza el campo de la deslealtad para quien se encomienda a su pericia en el derecho y en la ley. Si no dirige su saber y experiencia a la consecución de situaciones más favorables para su defendido, aunque se escude en la defensa de un interés público, incumple su misión porque la parcializa. El abogado colabora en el perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de una recta administración de justicia, como dice el artículo primero del Decreto 196 de 1971, pero tiene esta otra misión principal, según el artículo segundo del mismo estatuto: “Asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas”, tratando de “defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares”.

En el caso **sub examine**, el Gobernador del dos exigencias inseparables, según lo expuesto, la defensa en el proceso debe inspirarse en dos principios indisolublemente unidos: el equilibrio entre los reclamos sociales y las garantías de la persona humana.

No es reciente esta posición de la Corte. En auto del 1º de diciembre de 1943 (G.J.T. LVI, Pág. 470), observó: “No habría problema si hubiera sido el Ministerio Público

quien hubiera interpuesto casación alegando que el Tribunal aplicó indebidamente un artículo del Código que pone una sanción apenas de dos a diez y ocho meses de arresto, siendo así que la disposición aplicable era de otro artículo que señala pena cuyo máximo es de cinco años de presidio. Pero el defensor no puede aducir semejante argumento, porque si a la sentenciada ha debido aplicársele una disposición legal más severa, tal defensor faltaría a sus deberes alegándolo”.

Ocurre sí que el desenvolvimiento de las instituciones hacia el servicio del hombre, la clarificación y afirmación constante del derecho de defensa y los compromisos que la deontología jurídica impone al profesional del derecho, obligan a reafirmar y ampliar la jurisprudencia, como se hace por la presente.

En el caso de autos la demanda carece de los requisitos sustanciales descritos en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, pues, de una parte, no contiene planteamiento tendiente a realizar el derecho objetivo, y de la otra, no sólo no procura mejorar las condiciones de la condena impuesta al procesado, sino que, todo lo contrario, busca empeorarlas. No otra conclusión se deriva de las transcripciones que se han hecho del libelo, a través de las cuales se ve claramente que el actor pretende que se califique como robo agravado el delito contra la propiedad cometido por su defendido, en lugar del hurto agravado que admitió el Tribunal. Todo lo cual significa que se ha desnaturalizado el recurso de casación y que la Corte no tiene base para estudiar los cargos formulados al fallo. (Sala de Casación Penal. Bogotá, 22 de octubre de 1971).

100

DECLARACION DE RENTA

No son instrumentos públicos.

Es inexacta la inclusión que la censura pretende hacer de las declaraciones de renta de los contribuyentes dentro de la categoría de los instrumentos públicos que se

presumen auténticos, en contraposición con el criterio del sentenciador, quien las califica de documentos privados y sujetas, en cuanto a su autenticidad, al régimen general de tales documentos. “Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario” define el artículo 1758 del C. Civil. Así la escritura pública que es el instrumento otorgado ante Notario o quien haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo (ibídem). Y son también de la misma índole, los demás documentos relacionados en el artículo 632 del C. Judicial, como los provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos; ciertas certificaciones de los Jueces y Magistrados y de los encargados del registro del estado civil de las personas, etc.

Las declaraciones de renta no encuadran en la preindicada categoría: no son instrumentos públicos porque no provienen de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública y ninguno de éstos interviene en su elaboración, por lo cual no están premunidos de la presunción de autenticidad que consagran las disposiciones legales antes citadas. Son, como acertadamente los califica el Tribunal, documentos privados provenientes de los declarantes y que, por el hecho de ser presentados ante la Administración de Impuestos Nacionales, no adquieren la calidad de instrumentos públicos, así como tampoco la adquieren los documentos contentivos de un negocio jurídico que se presentan a un Notario para su autenticación o inserción en el protocolo, ni los escritos que los litigantes traen ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio de facultades procesales. Quiere esto decir que tales declaraciones de renta, en punto de su autenticidad, están sujetas a las reglas pertinentes a los documentos privados, según bien lo entendió el Tribunal. Así, a términos del artículo 1761 del C. Civil, dicha autenticidad depende de que estos documentos hayan sido reconocidos por la parte a quien se oponen o mandados tener por reconocidos en los casos y con los requisitos previstos por la ley, como cuando el presunto otorgan-

te no comparece a la citación judicial que se le haga para el efecto, o si, atendiéndola, se niega a prestar juramento, o a declarar sobre lo que se pregunta, o pretende eludir las preguntas con respuestas evasivas, inconducentes o vacuas. (C. J. Art. 643), o como cuando el documento ha obrado en los autos con conocimiento de la parte a que se opone y ésta no la ha objetado o redargüido de falso para que quien lo presenta pruebe su legitimidad (ibídem Art. 645). (Casación Civil, 16 de marzo de 1971).

101

DECLARACION DE RENTA

Ratifica la doctrina de que no es instrumento público, sino documento privado.- Su presentación al proceso.

“En primer término, es inexacta la inclusión que la censura pretende hacer de las declaraciones de renta de los contribuyentes dentro de la categoría de los instrumentos públicos que se presumen auténticos, en contraposición con el criterio del sentenciador, quien las califica de documentos privados y sujetas, en cuanto a su autenticidad, al régimen general de tales documentos. ‘Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario’ define el artículo 1758 del C. Civil. Así la escritura pública que es el instrumento otorgado ante Notario o quien haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo (ibídem). Y son también de la misma índole, los demás documentos relacionados en el artículo 632 del C. Judicial, como los provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos; ciertas certificaciones de los Jueces y Magistrados de los encargados del registro del estado civil de las personas, etc. . .

“Las declaraciones de renta no encuadrarán en la preindicada categoría: no son instrumentos públicos porque no provienen de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública y ninguno de éstos interviene en su elaboración, por lo cual no es-

tán premunidas de la presunción de autenticidad que consagran las disposiciones legales antes citadas. Son, como acertadamente lo califica el Tribunal, documentos privados provenientes de los declarantes y que, por el hecho de ser presentados ante la Administración de Impuestos Nacionales, no adquieren la calidad de instrumentos públicos, así como tampoco la adquieren los documentos contentivos de un negocio jurídico que se presentan a un Notario para su autenticidad o inserción en el protocolo, ni los escritos que los litigantes traen ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio de facultades procesales. Quiere esto decir que tales declaraciones de renta, en punto de su autenticidad, están sujetas a las reglas pertinentes a los documentos privados, según bien lo entendió el Tribunal. Así, a términos del artículo 1761 del C. Civil, dicha autenticidad depende de que estos documentos hayan sido reconocidos por la parte a quien se oponen o mandado tener por reconocidos en los casos y con los requisitos previstos por la ley, como cuando el presunto otorgante no comparece a la citación judicial que se le haga para el efecto, o si, atendiéndola, se niega a prestar juramento, o a declarar sobre lo que se pregunta, o pretende eludir las preguntas con respuestas evasivas, inconducentes o vacuas (C.J. Art. 643), o como cuando el documento ha obrado en los autos con conocimiento de la parte a quien se opone y ésta no lo ha objetado o redargüido de falso para que quien lo presenta pruebe su legitimidad”. (Ibídem, Art. 645)”.

El artículo 11 del Decreto 1651 de 1960, dispone que “la declaración de renta y patrimonio, deberá presentarse, en cuanto fuere posible, en los formularios que prescriba la División de Impuestos Nacionales, en original y dos copias de un tenor idéntico y con anexos y comprobantes iguales en cada ejemplar, ante cualquiera de las autoridades de impuestos nacionales del país o ante el Cónsul o representante del Estado colombiano en el exterior”. (inciso primero). “El funcionario que reciba la declaración de renta y patrimonio en el país, deberá firmar y sellar cada uno de los ejemplares, con anotación de la fecha del recibo; devolverá

uno de los ejemplares al contribuyente y procederá a enviar relacionados los otros dos a las correspondientes Administraciones de Impuestos Nacionales, según las instrucciones que sobre el particular imparte la División de Impuestos Nacionales". (Inciso segundo).

En el caso de autos, los demandantes presentaron directamente al juicio los ejemplares de las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, correspondientes a los años de 1952 y 1961, en los cuales aparece el sello de la Administración Nacional y una firma ilegible. Puede inferirse de su contexto que ellas corresponden a los originales presentados por aquél ante los funcionarios respectivos, conforme al artículo 11, prealudido. Siendo ello así, ninguna necesidad tenían los demandantes de hacer uso de la facultad que les confiere el inciso 3º, artículo 2º del Decreto 1651 de 1960, para la obtención de "copias autenticadas de las informaciones que figuran en la declaración de renta y patrimonio". Ellos tenían los ejemplares de las declaraciones de la renta y patrimonio que al presunto padre natural le habían sido devueltas por el funcionario encargado de su recepción y de ellas podían usar conforme a derecho, sin necesidad de pedir las en el juicio. Por consiguiente podían presentarlas directamente al proceso conforme al artículo 648 del Código Judicial, por tratarse de documentos originales, pues este precepto, durante su vigencia, solamente se aplicaba en el caso de que los interesados no tuvieran a la mano documentos originales, por cuya razón debían obtenerse copias del mismo valor probatorio en los supuestos de la citada disposición.

Además, ninguna norma niega valor probatorio al ejemplar de la declaración de renta y patrimonio que queda en poder del contribuyente, ni prohíbe su aducción al juicio que se suscite en ejercicio de la acción de filiación natural u ordena preferencia a la que se expida autenticada por la Administración de Hacienda Nacional de conformidad al inciso 3º, artículo 2º del Decreto 1651 de 1960, precepto que debe entenderse aplicable en los casos en que los interesados carecen del original que de la de-

claración de renta y patrimonio les devuelve el funcionario que la recibe.

No cometió error de derecho el sentenciador, en consecuencia, cuando valoró probatoriamente las declaraciones de la renta y patrimonio y por lo mismo no quebrantó los preceptos legales que indica la censura. (Casación Civil, 26 de agosto de 1971).

102

DECLARACIONES

Su ratificación

El artículo 693 del C.J., que se ocupa de la ratificación en juicio de las declaraciones de nudo hecho, sólo exige para apreciar tales testimonios que su ratificación se haya pedido y decretado durante el tracto probatorio, con miras a que la otra parte pueda intervenir en la diligencia, repregunte y ejercite su derecho de controvertir la prueba. Si se acatan estos requisitos, que miran al cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción en las pruebas, la practicada en esas condiciones debe apreciarse según su mérito.

Sobre el particular, es doctrina de la Corte: "El artículo 693 del C.J., vigente 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 testimonial de otorgar 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 C. Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exigen más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma como debe recibirse la ratificación de los testimonios. No puede admitirse la tesis de que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial,

además llevar 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 haya sido leída su declaración, diga que ratifica, que está de acuerdo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, 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". (Sentencia 9 de febrero de 1949, LXV-523; 28 de febrero de 1970, aún no publicada). (Casación Civil, 8 de mayo de 1971).

103

DECLARACIONES

Las declaraciones del testador no hacen plena fe contra terceros.

La declaración de no tener hijos naturales, que el testador consigna en su testamento, ninguna fuerza de convicción tiene en favor del causante o de sus herederos y en contra de su cónyuge, pues, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1759 del C. Civil, esa declaración del testador no hace plena fe contra terceros, a quienes sólo podría beneficiar mas no causar perjuicio. Siendo innocua esa manifestación, es claro que ninguna incidencia podía tener en la decisión del litigio, por lo cual aún en el caso de que el Tribunal no la hubiera visto, su omisión sería intrascendente. (Casación Civil, 21 de julio de 1971).

104

DELITO COMPLEJO. - CONCURSO MATERIAL

Las causales de agravación del homicidio estipuladas en los numerales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal no son modalidades del delito complejo, sino verdaderos concursos efectivos materiales de tipos penales.

Es circunstancia agravante del homicidio el cometerlo para ocultar otro delito, asegurar su producto o procurar la impunidad

de los responsables, según el numeral 4º del artículo 363 del C. P., no siendo indispensable para la existencia de aquélla el que el agente haya obtenido realmente el fin que se proponía, como que basta que el homicidio se realice por uno de los expresados móviles.

Dicha agravante se justifica porque quien da muerte a otro para encubrir de algún modo un delito cometido por él con anterioridad revela ciertamente un dolo intenso, un mayor grado de culpabilidad y una más alta capacidad criminal.

En la hipótesis indicada se presenta un verdadero concurso real de delitos, en conexión consecuencial, entre el homicidio y el delito que se pretende ocultar, pues se trata de ilicitudes realizadas con procesos ejecutivos autónomos o "acciones estructuralmente independientes entre sí", que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos, separables en su objetividad material y jurídica por cuanto son hechos distintos que se contemplan en normas legales autónomas que permiten una aplicación simultánea.

Por la consideración que procede el Tribunal *ad quem* no violó la ley penal sustancial, por aplicación indebida en la sentencia de los artículos 402 y 33 del Código Penal, en relación con el 363 de la misma obra, como lo pretende el demandante sobre el supuesto, para la Corte inaceptable de que el homicidio cometido para ocultar un delito de robo, infracción por la cual declarado culpable y condenado el acusado, se singulariza como asesinato y absorbe o subsume el delito contra la propiedad, excluyéndose así el concurso de delitos, fenómeno admitido en el fallo recurrido.

La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecuta para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posi-

ble, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del *non bis in idem*. Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del C.P. —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (Ord. 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (Ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición “para” usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de “preparar, facilitar o consumir otro delito”, o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los acotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumir u ocultar “otro delito”.

Importa anotar que aunque el Código Penal Colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (artículo 84), es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describe en la parte especial, se observan las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (artículo 156), en la detención arbitraria (artículo

295), en el robo con violencia que cause daño a las cosas (artículo 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (artículos 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (artículos 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (artículos 397 y 398, num. 4). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposas, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden, configurarían los delitos de abuso de autoridad (artículo 171), defraudación por daño en cosa ajena (artículo 426), homicidio o lesiones culposas (artículos 370 y 371 y ss.), homicidio culposo (artículo 370) y violación de domicilio (artículo 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los artículos 156, 295, y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los artículos 318, 396 y 398, num. 4), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del “*non bis in idem*” o no dos veces sobre lo mismo. (Sala de Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

105

DELITOS CONEXOS

(Ideológica, consecuencial, jurídica y ocasional).

De acuerdo con los artículos 167 y 168 del C. de P.P. vigente, que compilan los artículos 52 y 54 del estatuto anterior, debe haber unidad de proceso, por regla general, para la investigación y fallo, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un sólo delito, cualquiera sea el número de autores o partícipes.

b) Cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o en acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio. Y,

c) Cuando se trate de delitos conexos.

Delitos conexos son los que guardan entre sí relación que puede ser: teleológica o de medio a fin (delito ejecutado para cometer otro, que llega a consumarse o al menos a intentarse), consecuencial o consiguiente (delito realizado para ocultar otro), jurídica (concurso o ideal o formal), u ocasional (coincidencia de tiempo, de lugar y de circunstancias de comisión, por ejemplo, lesiones recíprocas en riña). Delitos conexos son, pues, aquéllos que guardan vínculos causales o de ocasión.

El juzgamiento de delitos conexos en un mismo proceso tiene distintos fines, como son la economía procesal, ya que un solo juez ejercita al tiempo en unidad de actuación las acciones penales que nacen de las infracciones; el mejor aprovechamiento de la prueba, que permita una apreciación de conjunto y una más correcta valoración de los hechos, y la aplicación de la sanción que mejor se adapte a la personalidad del procesado, según el criterio consagrado para la represión del concurso de delitos (artículos 31 y 33 del C. P.), cuando las infracciones hayan sido cometidas por la misma persona (casos de conexidad teleológica, consiguiente, jurídica y en algunas situaciones de conexidad meramente ocasional, verbigracia, cuando el violador decide robarle a su víctima después de consumada la violación).

Con respecto a la conexidad de ocasión, que es la que el caso interesa por los planteamientos que contiene la demanda de casación, importa resaltar que cuando los delitos de los que pudiera predicarse esa relación hayan sido consumados por personas distintas, e incluso con intereses opuestos,

como sucede en delitos contra la vida y la integridad personal cometidos en riña, la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 168 del C. de P. P., por juzgamiento separado de sus autores, o el adelantamiento de un solo proceso para decidir acerca de uno o algunos de los hechos ejecutados por uno o varios procesados en concurso, dejando por fuera los hechos atribuibles a otros imputados, por omisión del funcionario o por cualquier otro motivo, no es defecto que por sí sólo vicie de nulidad la actuación, como que la responsabilidad penal es siempre individual y ni en la determinación de ella ni en la sanción (en caso de condena) tendrían influencia los ilícitos cometidos por otras personas, a las que se podrían juzgar separadamente en cualquier tiempo mientras no se haya extinguido la acción penal.

La nulidad de carácter constitucional que alega el actor, a falta de norma legal que sancione con nulidad la desatención del artículo antes citado, no puede tener acogida, pues ninguna de las garantías esenciales del debido proceso contempladas en el artículo 26 de la Carta Política sufrió menoscabo en el presente asunto. Los procesados recurrentes fueron juzgados conforme a las leyes preexistentes a los actos a ellos imputados, por jueces competentes, siguiendo el procedimiento señalado según la naturaleza de los hechos, sin que se hubiera pretermitido ninguna actuación básica del juicio, con amplias oportunidades para contradecir las pruebas de cargos y la inculpación, y con reconocimiento pleno del derecho de defensa, que se ejerció sin restricción y en forma técnica por competentes profesionales del derecho. La circunstancia accidental de que no se hubieran investigado en este proceso las leves lesiones que, de acuerdo con los planteamientos del demandante, recibieron los procesados en la contienda en que cometieron los hechos delictuosos por los cuales se les condenó, aun aceptando la verdad del aserto, no resta eficacia al conjunto de actos que componen el presente proceso ni compromete su legitimidad.

DELITOS CONEXOS. COMPETENCIA

Compete a la justicia penal militar el juzgamiento de las personas, que cometen delitos anexos, uno de los cuales está consagrado específicamente como infracción en el Código Castrense.

Como norma general consagra el artículo 7º del Código de Justicia Penal Militar: "La Ley Penal Militar Colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional" (inciso 1º). Y concretando la competencia cuando se trata del juzgamiento de particulares, habida consideración de la naturaleza del delito, dispone el artículo 307 del mismo Código: Están sometidos a la jurisdicción penal militar: ... 6º Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos". De manera que cuando se trata del conocimiento de delitos "previstos específicamente" en el Código de Justicia Penal Militar, la competencia corresponde a la justicia castrense.

Ahora bien: cuando un particular comete delitos previstos específicamente en el estatuto castrense en conexidad con otros cuya competencia corresponde a la justicia ordinaria, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314 del Código de Justicia Penal Militar ellos "se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

Según el artículo 311 del estatuto primeramente citado "Si un mismo agente comete a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar, sin que entre ellos exista relación de conexidad, la autoridad militar conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros. En este caso, la autoridad que avoque el conocimiento debe remitir copia de lo conducente a la otra para proseguir el juicio" (inciso 1º).

Quiere decir lo anterior que si entre los dos delitos: el sometido a la jurisdicción militar y el sometido a la ordinaria, existe relación de conexidad, no es procedente separar los procesos para que cada una de las dos jurisdicciones conozca de cada delito, sino que, dando aplicación al artículo 314, el conocimiento de las dos infracciones corresponde a la justicia militar. Por ello no tiene aquí aplicación el inciso 1º del artículo 50 del antiguo Código de Procedimiento Penal invocado por el recurrente. Según se ha visto, el Código de Justicia Penal Militar fija en la castrense la competencia para conocer de los delitos, por lo cual no puede partirse de la base de que su conocimiento está sometido a diversas competencias. La conexidad fija en la justicia militar el conocimiento de los asuntos sin necesidad de tener en cuenta la mayor o menor gravedad de los delitos, puesto que la norma no contempla ninguna excepción. (Sala de Casación Penal, 14 de julio de 1971).

DEMANDA EN FORMA

Determinación del bien.

Como aparece del desarrollo del cargo que se estudia, tres son las censuras que en él se formulan a la sentencia de segundo grado. Refiérese la primera a la falta de determinación en la demanda del inmueble rural que se reivindica; toca la segunda con la falta de identidad de dicho inmueble con el que figura en los títulos de propiedad aducidos por el demandante y con el que, según éste, tiene la demandada en posesión; y versa la tercera sobre la posesión material del inmueble por parte de la demandada, que el sentenciador dio por establecida.

La primera de las censuras mencionadas hácese consistir, en sustancia, en que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al concluir que el globo de terreno materia de la reivindicación se hallaba debidamente determinado en el libelo introductorio del proceso, cuando en realidad no estaba singularizado. Error que lo llevó a proferir

fallo de mérito favorable al demandante, cuando por incidir la falta de determinación del predio que se reivindica en el presupuesto de demanda en forma, la sentencia ha debido ser inhibitoria.

Por ser la demanda el acto de postulación más importante de las partes toda vez que mediante ella ejercita al demandante el derecho de acción frente al Estado y su pretensión contra el demandado, y por cuanto es con ella con la que se estimula la actividad del órgano encargado de la jurisdicción, se propicia la constitución de la relación procesal y se circunscribe, junto con su contestación, el poder decisorio del juez, el legislador ha señalado, los requisitos formales que tal acto ha de reunir para su admisibilidad, encaminados unos al logro de los presupuestos procesales, y otros a facilitarle al juzgador el cumplimiento de su deber de dictar una sentencia justa, en consonancia con las pretensiones deducidas en el libelo. (C. J., Arts. 205, 209, 217 a 222 y 737; nuevo C. de P. C., Arts. 75, 76 y 82).

De acuerdo con las normas del C. Judicial, vigente cuando en este proceso se presentó la demanda, si ésta no reunía los requisitos exigidos por las disposiciones citadas, el juez debía abstenerse de admitirla mientras no fuera corregida o aclarada (Art. 738); si en tal hipótesis le daba curso, el demandado podía impugnar el auto admisorio de la misma mediante reposición, o proponer la excepción dilatoria de inepta demanda si la naturaleza del proceso lo permitía (Arts. 330 y 333). Pero si por haberle dado curso el juez, sin reclamación oportuna del demandado, se encontraba aquél, al tiempo de fallar, con una demanda que adolecía de defectos formales de tal entidad que le impedían decidir las pretensiones del actor, quedaba relevado del deber de proferir sentencia de mérito y forzado a declarar su inhibición para desatar la controversia por la imposibilidad en que se hallaba para hacerlo.

“Tal sería el caso —tenía dicho la Corte— de una demanda en que ejercitándose una acción real no se hayan señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho,

o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente”. (LXXVIII, 34).

Preceptuaba el Art. 222 del C. J., que “si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que le den a conocer y que la distinguan de otras con que pueda confundirse”. Bastaba, por tanto, para que se cumpliera esta exigencia tratándose de predios rurales, que el demandante indicara en el libelo la ubicación del inmueble y señalara los linderos, aunque no correspondieran a la realidad, pues lo que tal precepto establecía como requisito de admisibilidad de la demanda era la determinación del bien raíz mediante el señalamiento de su ubicación y linderos, no que tal señalamiento fuera cierto. El error en que al respecto incurriera el demandante no constituía un defecto formal de la demanda que la hiciera inadmisibile, sino un defecto de fondo en cuanto podría impedir el reconocimiento del derecho del actor el no poder establecerse su identidad con el que figura en los títulos respectivos.

Como la censura que se examina tiene precisamente como fundamento, no que en la demanda falten la ubicación y linderos del globo de terreno que se reivindica, sino que la alindación que en ella se expresa no es la que en realidad corresponde a dicho inmueble, la acusación no puede prosperar. El error de hecho manifiesto alegable en casación como vicio de medio que conduce a la lesión de norma sustancial, ha de recaer sobre la objetividad misma de las pruebas, bien porque se haya ignorado la que existe en el proceso o supuesto como presente la que no está en él, o bien porque se haya mutilado el contenido real de la misma o héchosele decir lo que no expresa. El sentenciador no incidió en error de esa clase al apreciar la demanda presentada por el demandante puesto que en la súplica primera de la misma se dice que el globo de terreno y los potrerros que pretende reivindicar están “ubicados en la vereda de dicho nombre”; y porque, en los hechos primero, segundo y tercero se señalan la ubicación

y linderos de cada uno de los potreros y del globo general formado por ellos. No alteró el Tribunal la demanda en su objetividad misma, pues vio lo que ella expresa, y en consecuencia, el error que se le imputa no existió.

Si la ubicación y linderos señalados no son reales, o si teniendo el bien cuatro costados se le hace figurar con tres, es cuestión repítase, que no reza con los requisitos de admisibilidad de la demanda y que, por lo mismo, no puede inducir a un fallo inhibitorio por falta del presupuesto de demanda en forma, como lo pretende el recurrente, en la hipótesis de que su afirmación tenga respaldo en el proceso. Otras serían las consecuencias que se derivarían de ese hecho. (Casación Civil, 13 de agosto de 1971).

108

DEMOSTRACION DEL SALARIO

El salario, en cuanto a su monto y convenio, no requiere para demostrarlo de prueba solemne.

Se ve entonces cómo, al no prescribir la ley, que el hecho sobre la cuantía del salario se demuestre y valore con una prueba ad-substantiam actus, también denominada ad-solemnitatem, no puede cometerse por el fallador el error de derecho que se le imputa, y que de existir error en la apreciación de las traducciones citadas, sería de otra naturaleza. (Sala de Casación Laboral, noviembre 6 de 1971).

109

DERECHO DE DEFENSA

Cuestionarios en los consejos de guerra verbales.

En cuanto a la segunda de las tachas propuestas, habrá de recordarse que no contemplando el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales la existencia del auto de proceder, los cuestionarios, medie o no investigación previa, constituyen una síntesis del resultado probatorio del proceso. En consecuencia, adentrarse la Corte en la con-

frontación de tales cuestionarios con la realidad procesal implicaría necesariamente un examen de los elementos de juicio que le sirvieron de fundamento al Presidente del Consejo de Guerra, con la asistencia del Asesor Jurídico, para compendiar en aquellos el pliego de cargos contra los procesados, y un replanteamiento valoratorio de la prueba referente a los elementos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, le está vedado en juicios que, como el presente, se han ventilado con la intervención de Vocales, cuyas funciones son equiparables a las que desempeñan los jueces de conciencia, por mandato de la ley, en las causas ordinarias. (Sala de Casación Penal, agosto 18 de 1971).

110

DERECHO DE DEFENSA

Art. 26 de la C. N. facultad del Gobierno para abreviar el trámite de los juicios cuando se ha decretado el estado de sitio.

Cuando el artículo 26 de la Constitución prescribe 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", consagra y reconoce en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero en manera alguna traza o señala las normas reguladoras de cada juzgamiento, que generalmente se dejan al resorte de la ley, salvo los casos de extrema excepción en que, dada la importancia de tales juicios, la misma Carta se ocupa de fijar las reglas que deben presidirlos, como ocurre con el artículo 97 *ibidem* respecto de los que se sigan ante el Senado de la República.

Durante el estado de sitio la celeridad procesal en el juzgamiento de determinados delitos constituye sin duda un factor coadyuvante al restablecimiento del orden público. Por tanto, dentro del régimen de legalidad marcial el Gobierno está facultado por el artículo 121 de la Constitución para abreviar el trámite de los juicios, suspendiendo, en consecuencia, las disposiciones en virtud de las cuales se produzca con-

trario efecto. Ello restringe, como es obvio, la amplitud de los recursos procedimentales ordinarios, pero no conculca los soportes fundamentales del derecho de defensa.

Por medio del Decreto legislativo 1288 de 21 de mayo de 1965, el Presidente de la República declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. En desarrollo de aquél y con la misma fecha, el Gobierno dictó el Decreto 1290, cuyo artículo 1º dispuso que a partir de la vigencia de dicho estatuto y mientras subsistiera tal estado, la Justicia Penal Militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocería de determinadas infracciones allí señaladas, entre las cuales se hallaban la asociación para delinquir el secuestro y la extorsión; de "cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores, y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 29, 30, 31 y 33 del Decreto-ley número 1699 de 1964. "Y el artículo 3º prescribía que durante el tiempo de anormalidad institucional, "todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la Justicia Penal Militar, se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales". (Sala de Casación Penal, 18 de agosto de 1971).

111

DERECHO DE DEFENSA

(Nulidad constitucional).

Como lo ha dicho reiteradamente la Corte, lo deseable sería que la defensa técnica o formal llegara a ser ininterrumpida y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, se hallaran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas; pero realidades superiores impiden el cumplimiento de este desideratum, punto menos que imposible, y es así que no es dable exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el juez. De allí el que se le llame sólo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder, etc. Esta consideración sube de punto en relación especialmente con el sumario, "donde es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del fun-

cionario de instrucción y del ministerio público".

De modo que, en el caso sub-judice, no es dable aseverar que hubo violación del derecho de defensa en la etapa sumarial, pues los sindicatos en la indagatoria, uno de los momentos culminantes del proceso, fueron asistidos por abogados y el menor, además, por un curador ad-litem (V. folios 6 y siguientes).

Por lo demás, como se ha visto, la demanda plantea la violación del derecho de defensa, en relación con el plenario, así: el defensor de oficio no interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder; no solicitó práctica de pruebas en el término probatorio; ni apeló de la sentencia de primera instancia, pues los apelantes fueron los propios enjuiciados. No demuestra cómo estos aspectos negaron los presupuestos fundamentales del derecho de defensa, lo cual sería bastante para desechar el cargo por esta fase.

Mas cumple poner de presente que el defensor intervino en la audiencia pública y si bien no hizo alegación oral alguna, manifestó que dentro del término legal presentaría "alegación por escrito", como en efecto lo hizo, pues al folio 58 obra el alegato en que solicita la absolución de los procesados "por falta de plena prueba o completa".

Ahora bien, si se tiene en cuenta que "la nulidad suprallegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado", preciso en concluir que los procesados no carecieron del derecho de defensa". (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

112

DESCANSOS DOMINICALES - SALARIO

Artículo 176 del C. S. del T. Es presupuesto del derecho el que se acredite por el actor

el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio.

Ciertamente la absolución del Tribunal sobre el extremo de la remuneración de los descansos legales obedeció, lo mismo que la del Juzgado, a que en el juicio no se probó (y el acusador aspira a deducir el hecho correspondiente de los promedios mensuales o anuales y, en un cargo posterior, del mínimo de ley), lo devengado en la semana inmediatamente anterior a cada uno de ellos, conforme al artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero tal decisión no puede descalificarse como errónea, ya que el texto referido reclama esa base para los efectos de la remuneración de los descansos, en casos de salarios variables como el de la litis. El precepto en cuestión es inequívoco y el Tribunal se sujetó a sus términos.

Mas se alega que, en situaciones como la de autos, por equidad debe acudirse al promedio mensual o al anual. No lo ha estimado así la jurisprudencia de la Corte que sobre el particular ha expuesto que es presupuesto del derecho en referencia (el de la remuneración del descanso en casos de salarios variables) el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio, y que no sirve el criterio de los promedios mensuales o anuales porque conduce a que todas las semanas tengan una remuneración uniforme, lo que coloca la situación de hecho en plano distinto al de salario variable, además de que obliga a liquidar los tales descansos mediante conjeturas y bases distintas a las señaladas expresamente por el legislador. (Sala de Casación Laboral, abril 23 de 1971).

113

DESCUENTOS DE CUOTAS A TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS

Ante la imposibilidad legal de beneficiarse de la convención colectiva, por ministerio de la ley o adhiriendo a ella, no es aceptable que a los empleados públicos se les descuenten cuotas para el sindicato de trabajadores oficiales, en razón de ventajas o

beneficios que legalmente no pueden disfrutarse, como acertadamente lo estimó el adquem.

Mas lo anterior no obsta para que la administración pública, unilateralmente y dentro de los procedimientos legales o reglamentarios, conceda a los empleados públicos cierta clase de beneficios, que pueden ser los mismos que los consagrados para los trabajadores oficiales en las convenciones colectivas. Mas en estos casos el disfrute de los beneficios deriva del acto administrativo y no de la convención colectiva. (Sala de Casación Laboral, julio 30 de 1971).

114

DESPIDO JUSTO POR PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION, CON BASE EN SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

En el sub-lite, en el que el patrono jubiló a su trabajador de 14 años y 3 meses a más de 60 años de edad, antes de que se expidiera la Ley 48 de 1968 y en vigencia del Decreto 2351 de 1965, lo hizo en la convicción de que ello constituía justa causa con base en la sentencia del Consejo de Estado, y la acción indemnizatoria impetrada no puede fundarse en despido injusto. Carecen, por consiguiente, de validez los argumentos del acusador relativos a que la pensión restringida que se le concedió al trabajador responde a motivo ilícito, y no pueden por lo tanto, reputársele como causa justa, pues la jubilación no se produjo a título de sanción o en reconocimiento de un despido ilegal sino voluntariamente y en cuantía proporcional al tiempo servido y sólo por este aspecto referida a la Ley 171 de 1961, como se apreció por el adquem. Como tampoco tiene eficacia la alegación de que el entendimiento del Tribunal —y ahora de la Sala— obliga a estimar que el Decreto 2351 de 1965 derogó implícitamente la Ley 171 de 1961, y conduce a la inequidad en cuanto priva del empleo y frustra expectativas de aumentos de sueldo y mejores prestaciones, etc., porque la dicha interpretación jurisprudencial en nada desconoce la existencia de las pensiones restringidas, en cuanto se causen, y antes las supone, para esa época,

como justas causas de terminación del contrato, y porque las aducidas privaciones y expectativas ni son absolutas, ni tan inconfutables como se les pretende, y en cuanto, como consideraciones de lege ferenda, en lo atendible o que se estimó tal, trascendieron a la nueva concepción, a la de 1968, y sólo desde entonces tienen fuerza de ley. (Sala de Casación Laboral, junio 30 de 1971).

115

DETENCION ARBITRARIA

El error esencial de derecho, determinante de la buena fe de un funcionario que ordena el encarcelamiento de una persona, desvirtúa el delito de detención arbitraria o abuso de autoridad.

Por modo que el Gobernador del Quindío, al ordenar la detención del doctor Vives, no procedió en consonancia con el artículo 107 de la Carta, pues no se trataba de un caso de flagrante delito. De ahí se infiere que cometió, objetiva o materialmente, lo que ante la ley penal colombiana constituye el delito de detención arbitraria.

Más importa analizar el elemento subjetivo de dicha infracción. Este elemento consiste en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona, sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los derechos ajenos.

Dice el Gobernador acusado en su indagatoria (Fol. 100 v.): "El autor de la orden para que se detuviera al senador Vives fui yo, exclusivamente yo. Estimo, con el debido respeto, que aquí no puede hablarse de cómplices o auxiliadores, conceptos que en cierta forma presuponen la existencia de un delito. Solamente se está escribiendo un capítulo en la modesta vida de un hombre honesto, que como funcionario cumplió con su deber y que si no reclama recompensa alguna por haberlo cumplido, tampoco entendería jamás, como ciudadano y como abogado, que se le sancionara o castigara por haber sabido cumplir su deber".

Esta aseveración, que aparece manifiestamente sincera, plantea un obrar de buena fe por error esencial de derecho que excluye el dolo, y encuentra respaldo en las siguientes circunstancias:

a) Personalidad del funcionario acusado, quien a lo largo del informativo y por los testimonios de elevada prestancia intelectual, social, etc., se presenta como un individuo de aquilatada pulcritud y ejemplares virtudes, públicas y privadas. Este factor, excluyente de la capacidad para delinquir, es también contraindicio de responsabilidad en un caso como el sub-judice.

b) La situación de orden público que vivía la nación en la época a que se contraen los hechos investigados, porque, como expresa el Procurador, a raíz de los acontecimientos que se produjeron con posterioridad al 19 de abril de 1970, fecha en la cual se llevaron a cabo los comicios electorales para elegir Presidente de la República y miembros de los Cuerpos Colegiados, el Gobierno, previo concepto del Consejo de Estado, declaró en estado de sitio todo el territorio nacional, por perturbación del orden público. Esta situación, de todos conocida, demandaba ciertamente de las autoridades suma vigilancia para la represión del más pequeño brote de agitación que estuviera destinado a alterar la tranquilidad ciudadana y con mayor razón en un departamento como el Quindío, "en el cual, no obstante haber cesado 'la guerra civil no declarada', en forma latente permanecen factores sociopolíticos que de no controlarse y vigilarse permanentemente pueden producir caótica y destructora situación en la normal y pacífica convivencia a que tienen derecho los ciudadanos y obligación de conservar y garantizar las autoridades".

c) Las propias palabras del senador Vives Echeverría, que sí ciertamente no constituye una inequívoca instigación a la rebelión o a la sedición —como se ha dicho—, porque no son una invitación formal y directa al alzamiento en armas, sí eran susceptibles de ser consideradas así en el momento y circunstancias especiales en que las estimó el Gobernador, dadas las condiciones que vivía el país, todo ello "acumulado a otras

manifestaciones escritas de las directivas del grupo político en que militaba el senador Vives y en las cuales figuraba su firma como autor de ellas". A la verdad, la expresión "la resistencia contra el fraude y la infamia", aunada a las circunstancias dichas, por su sentido multívoco en cuanto a su naturaleza e implicaciones, bien podía interpretarla un funcionario sobre cuyos hombros pesaba la responsabilidad de defender el orden social en estado de sitio como una incitación a la subversión.

De manera que puede afirmarse que el Gobernador, al ordenar la detención del doctor Vives Echeverría, no procedió con la conciencia de que su acto era contrario a las normas reguladoras de su propia actividad oficial, sino creyendo que era el cumplimiento de algo indispensable al interés colectivo: garantizar el orden público.

Obró, en consecuencia, con plena buena fe, determinada por error esencial de derecho y prevista como causal de irresponsabilidad por el ordinal 2º del artículo 23 del C. P. No hubo dolo en la conducta del funcionario acusado y, por tanto, es procedente sobreseer con carácter definitivo en su favor, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 437 del C. de P. P. (Sala Penal, marzo 5 de 1971).

116

DETENCION ARBITRARIA

No comete delito de detención arbitraria, el juez que, fuera de toda función asignada normativamente, detiene u ordena detener a una persona. En estos casos la conducta se adecúa a lo preceptuado en el Art. 294 del C. P.

El sindicado no se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando impartió la orden de detener, sino muy por fuera de ellas, pues, como ya se ha recordado, el sujeto activo del delito si bien tenía el carácter de juez, cumplía actividades distintas de las que la ley le asigna, como eran las de departir con otras personas y tomar licor con ellas. En estas condiciones no son aplicables ni el artículo 171 del Código Penal, ni el 295

de la misma obra, en cuanto exigen que el comportamiento incriminable se lleve a cabo dentro de la función, o con ocasión de ella, o exceso en su ejercicio. Mal puede excederse en este ejercicio el empleado en el momento en que no lo está cumpliendo. El exceso o el abuso requieren que se lleve a cabo una actuación dentro de las especificaciones legales o reglamentarias y en manera alguna por fuera de ellas, como sucede con el juez que, fuera de toda tarea asignada normativamente, ejecuta una conducta contraria al derecho, como es la imputada.

Las consideraciones anteriores indican que el Tribunal equivocó la calificación jurídica de los hechos en la providencia que se revisa, lo que se traduce en incompetencia de jurisdicción, circunstancia por la cual la Corte hará la declaración pertinente a fin de que el sumario pase a juez competente, que, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el lugar de comisión sería el del Circuito donde se sucedió la acción, al que será remitido por conducto del Tribunal de origen. Debe destacarse la observación anterior porque sobre un mismo objeto procesal, constituido por el hecho que es presuntivamente ilícito, no puede darse la posibilidad de dos pronunciamientos jurisdiccionales de fondo, principio que recoge el artículo 115 del C. de P. P.; y a esa situación se llegaría si se confirmara el sobreseimiento definitivo materia de consulta y se dispusiera la remisión del proceso a otro funcionario para su continuación, dándole a la infracción un nombre distinto del que se contempló en el auto que se examina. (Sala Penal, veintisiete (27) de septiembre de 1971).

117

DETERMINACION DE LA EDAD

No se puede acreditar la edad de una persona acudiendo a un prueba supletoria, sin establecer la inexistencia de la principal.

Este cargo dirige la acusación hacia el error de derecho que se atribuye al sentenciador, al haber considerado al demandante con edad suficiente para reclamar pensión

de jubilación, sin haber sido acreditado ese hecho con el medio probatorio adecuado, toda vez que dio carácter demostrativo de prueba ad-solemnitatem a una que intrínsecamente no lo tiene.

Ciertamente el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 dispone que:

“Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esa naturaleza, siendo el caso de hacerlo”.

En el caso sub-judice dice el ad-quem sobre el punto de la edad necesaria al demandante para obtener la pensión de jubilación demandada lo siguiente:

“(...) y siendo que, según certificado al folio 16 y declaración al 247, la edad del demandante en septiembre 30 de 1969, fluctúa entre los 68 y los 70 años, o sea, que a la fecha de la terminación su edad pasaba de 60 años”.

El folio 16 contiene una certificación expedida por el Cónsul de Italia en Barranquilla, en donde ese funcionario expresa “que el señor Eugenio Cambieri B. hijo de Giuseppe Cambieri (fallecido) y de Mariana Ballerna de Cambieri, de profesión médico, ha nacido en Montara, Provincia de Pavia, Italia, el cinco de junio de mil novecientos.

“Lo anterior consta en los libros de este consulado (...)”.

Y al folio 247 aparece un concepto del Médico Legista Ayudante de Barranquilla que textualmente expresa:

“De conformidad con su oficio N° 055 de ayer 29 de septiembre, nos permitimos informarle que hemos practicado reconocimiento médico-legal al doctor Eugenio Cambieri, con el objeto de determinar su edad probable, con el siguiente resultado:

“Según su sistema piloso-dentario su edad fluctúa entre los sesenta y ocho (68) y los setenta (70) años, cumplidos los primeros pero no los últimos”.

Acontece que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil, “Cuando fuere necesario calificar la edad de un individuo, para la ejecución de actos o ejercicios de cargos que requieran cierta edad, y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo.

“El prefecto o corregidor para establecer la edad, oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas” (se subraya).

La certificación expedida por el Cónsul de Italia en Barranquilla no es una copia del registro civil de nacimiento, sino una simple información que por otra parte no fue autenticada.

Y el concepto médico es prueba supletoria, en defecto de las documentaciones exigidas para ese fin, cuya inexistencia debe aparecer demostrada para dar cabida, a falta de la prueba principal a la supletoria.

La edad de los ciudadanos colombianos y por tanto de los extranjeros que pretendan hacer esa demostración en territorio de este país, se acredita con la certificación o copia del registro de nacimiento o en su defecto con la del acta de bautismo, según el caso, y a falta de éstas, testimonios y por último, concepto de facultativos o de personas idóneas.

No se puede pues acreditar la edad de una persona acudiendo a una prueba supletoria, sin establecer la inexistencia de la principal.

“El ad-quem por tanto, dio carácter de prueba principal a la última supletoria, incurriendo en el error de derecho señalado por la censura y el cargo en consecuencia prospera. (Sala de Casación Laboral, junio 11 de 1971).

118

DICTAMEN DE PERITO Y PRUEBA DE DOCUMENTO

El dictamen de perito y la prueba de documento son medios de convicción que la ley y la doctrina registran separadamente, y que la jurisprudencia de la Corte no admite que se confundan los distintos medios legales con el acta que los contenga.

Conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969 el error de hecho es motivo de casación laboral solamente cuando proviene de falta de apreciación o de apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular.

El ataque sintetizado contra la sentencia de autos versa fundamentalmente sobre un dictamen pericial, prueba distinta de aquellas tres relacionadas, a las que se circunscribe el presente recurso extraordinario, y no puede, en consecuencia, examinársela. Ciertamente que el acusador la vincula a la inspección ocular practicada en el sub-lite; pero toda la argumentación se apoya en el experticio y no en la dicha diligencia, que nada recogió de aquél y que no contiene los datos que aduce el impugnante. Y cierto asimismo que de la pericia se afirma carácter de documento, para encuadrarla en las probanzas estimables según aquel precepto legal; pero es bien sabido que el dictamen de perito y la prueba de documento son medios de convicción que la ley y la doctrina registran separadamente, y que la jurisprudencia de la Corte no admite que se confundan los distintos medios legales con el acta que los contenga, por cuanto ello a más de injurídico desvirtuaría la restricción que se estableció legalmente para la casación laboral. La Sala comprende, pues, el esfuerzo de alegación del acusador, pero no puede recibirlo, por las razones expresadas. (Sala de Casación Laboral, octubre 22 de 1971).

119

DICTAMEN PERICIAL

Formalidades necesarias para ser apreciado como prueba.

Sostienen con razón los expositores de derecho procesal que el diligenciamiento

de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no tuvo ingerencia en su producción.

A la contraparte le asiste derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al juicio, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba el auto respectivo se comunica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite tomar parte en el nombramiento de los peritos o tachar los designados; y se prolonga aún después, como acontece cuando objeta la peritación, o pide que se amplíe.

Con fundamentos en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Si se omite la observancia de todos o de algunos de estos preceptos, la misma ley prohíbe al Juez evaluar la prueba; si, en cambio, se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de estimarla, debiendo atribuirle el valor que la misma ley indica, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento.

Así, tratándose de la prueba pericial, para que ella cumpla la función civil que le es propia, su incorporación al proceso tiene que estar revestida de ciertas formalidades que son a la vez garantía para las partes y seguridad para el juez. Si estos ritos no se observan, los litigantes tienen derecho a oponerse y a rechazar la prueba, y el juzgador el deber de desestimarla.

Según lo preceptuado por los Arts. 597, 705, 708, 715 y 719 del C. Judicial, las formalidades dichas son fundamentalmente las siguientes: a) que la prueba se pida y se decrete oportunamente, con conocimien-

to de las partes; b) que los peritos sean designados por la persona o personas que según la ley tengan la atribución, y en la forma que aquélla prescribe; c) que el juez acepte los nombrados y les dé posesión; d) que cada parte pueda tachar o recusar el perito elegido por la otra o por el juez; e) que los expertos al cumplir su misión deliberen juntos; y f) que rendida la peritación, se ponga ella en conocimiento de las partes.

Dentro de estas exigencias emerge con perfiles de singular relevancia la ordenada por el Art. 719 citado, es decir el traslado que debe darse a las partes del concepto pericial, pues que sólo en virtud de él pueden éstas ejercitar cabalmente el derecho de vigilancia de la prueba, al tener, dentro del lapso de su duración, la oportunidad para impugnarlo. Sin traslado, como lo ha dicho la Corte, "el dictamen no alcanza su perfección jurídica, y constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena. ("G. J., T. LXXII, Pág. 444).

Por cuanto el dictamen no es un dogma para el juez sino un concepto técnico, la ley otorga a las partes derecho a pedir, dentro de la oportunidad referida, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de complementar la prueba purgándola de dudas o deficiencias, o para darle mejores fundamentos. Por lo mismo, también corresponde oficiosamente esta facultad al juez; y aún, por estar de acuerdo con la naturaleza y el fin de este medio de convicción, como lo sostienen los expositores, pueden ejercerla *motu proprio* los peritos ya que ningún texto legal se lo prohíbe. Y pueden también las partes, dentro del mismo término del traslado, objetar el dictamen por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", en orden a purificar la prueba de los vicios que la invaliden y a que, por consiguiente, se repita la diligencia con la intervención de nuevos peritos.

Se trata, pues, de dos facultades disímiles entre sí, no sólo por el procedimiento indicado por la ley para tramitarlas, sino

también y fundamentalmente por la finalidad jurídica que a cada una corresponde, por lo cual no es posible reducir las a una sola, ni menos, por el hecho de que la ley indique término común para su ejercicio, considerar que la primera es apenas un medio para demostrar los fundamentos de la segunda. Por ello no es técnico tramitarlas concurrentemente a instancia del mismo litigante; y si las propone a la vez, la existencia de la objeción estará subordinada a que la aclaración o ampliación no resulte satisfactoria para él.

La aclaración o ampliación del dictamen, que como está dicho tiende a sanear la prueba de oscuridad o deficiencia, dándole mejores fundamentos de ilustración para que llene a cabalidad sus fines, no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aún contradiga, sus primeras conclusiones: su misión es dar a conocer lo que en su concepto sea la verdad.

Ciertó es que el Código de Procedimiento Civil no contiene norma que ordene expresamente el traslado a las partes de la aclaración, explicación o ampliación que los peritos hagan de sus primeras conclusiones. Empero, como tampoco hay disposición legal que la prohíba, dicho traslado no es ni puede ser una ordenación exótica en el diligenciamiento de esta prueba. Contrariamente, acatando los principios generales del procedimiento probatorio establecido para atribuir eficacia a las pruebas, cabe afirmar que cuando las aclaraciones o explicaciones contienen modificaciones sustanciales al dictamen inicial, con incidencia sobre las pretensiones de las partes, el referido traslado es presupuesto inexcusable para el conocimiento del contenido de la aclaración o explicación y por ende para la perfecta ritualidad del medio probatorio.

Y si por vía de aplicación analógica se oyen las voces de los artículos 40 y 41 de la Ley 63 de 1936, reglamentarios del trámite de los avalúos en el juicio de sucesión, la legalidad del anterior aserto sube de

punto, desde luego que conforme a estos preceptos a la objeción puede llegarse allí, ya inmediatamente rendido el dictamen, o ya después de hecha la aclaración. Además, no son infrecuentes los casos en que para advertir el yerro de los peritos se impone cotejar sus conclusiones con los fundamentos en que éstas se apoyan. (Casación Civil, marzo 8 de 1971).

120

DICTAMEN PERICIAL

Su aclaración o ampliación forma con él un solo todo.

Dentro de las formalidades establecidas por la ley para que la prueba pericial cumpla la función civil que le es propia, se enlista el traslado que de ella debe darse a las partes, puesto que sólo en virtud de él pueden éstas ejercitar cabalmente el derecho de vigilancia al tener, dentro del lapso de su duración, oportunidad de controvertirla.

La ley ha otorgado a los litigantes derecho para pedir, dentro del referido traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de complementar la prueba purgándole de dudas o deficiencias, o para darle mejores fundamentos. Por lo mismo, también corresponde oficiosamente esta facultad al juez; y aún, por estar de acuerdo con la naturaleza y el fin de este medio de convicción, como lo ha dicho la Corte, pueden ejercerla *motu proprio* los peritos ya que ningún texto legal se lo prohíbe.

Como la aclaración o ampliación del dictamen no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aún contradiga sus primeras conclusiones, no incurre en yerro de valoración legal el sentenciador que encontrándola uniforme, explicada y debidamente fundamentada atribuye pleno mérito demostrativo a la acla-

ración que hagan dos peritos, prescindiendo de lo que inicialmente en sentido contrario ellos hayan afirmado. (Casación Civil, octubre 18 de 1971).

121

DISPONIBILIDAD

Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del C. S. del T., es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa de éste obedecerlas, no constituye en sí misma ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. (Sala de Casación Laboral, mayo 5 de 1971).

122

DOCUMENTO AUTENTICO

En derecho las cosas corresponden a su naturaleza o substancia y no a la forma o ropaje con que se las vista y así quienes manifiestan en un escrito ser conocedores de un determinado hecho o suceso o cuál es el sentido de lo que expresaron o de los conceptos que con anterioridad emitieron, actúan como testigos, no obstante que lo hagan en forma de constancia escrita y que sean llamados a reconocer la autenticidad de la firma puesta en ella, como si se tratara de documento auténtico en el sentido restringido a que la dicha ley 16 (de 1969), se refiere.

Lo que el casacionista señala como "documento auténtico" dejado de apreciar por el Tribunal no corresponde a lo que por tal entiende el artículo 7º de la ley 16 de 1969, pues el escrito del folio 9 es una constancia suscrita por los doctores Roberto Liévano, Alvaro Ramírez Rojas, Miguel Ramírez Díaz y Ricardo Liévano P., en la que expresan: "la equivocada interpretación que la Junta Directiva del Hospital dio a nuestro informe, rendido en fecha del mes próximo pasado; en el cual hicimos un franco reconocimiento de la labor y el interés cumplidos por el doctor Alvaro Leyva L., para organizar y mantener una ejemplar dis-

ciplina de trabajo, que de ninguna manera podía determinar su destitución de la entidad”.

Se trata aquí, pues, de declaración de terceros o de testimonios rendidos bajo la forma de una constancia escrita, mediante la cual deponen sobre el comportamiento del demandante como Director del Hospital San Miguel de Neiva y la consideración de este medio de prueba fue excluido del error de hecho en casación laboral por el precepto arriba citado.

En derecho las cosas corresponden a su naturaleza o substancia y no a la forma o ropaje con que se las vista y así quienes manifiestan en un escrito ser conocedores de un determinado hecho o suceso o cuál es el sentido de lo que expresaron o de los conceptos que con anterioridad emitieron, actúan como testigos, no obstante que lo hagan en forma de constancia escrita y que sean llamados a reconocer la autenticidad de la firma puesta en ella, como si se tratara del documento auténtico en el sentido restringido a que la dicha ley 16 se refiere.

Con este sistema o por este medio desaparecerían los fundamentos de la prueba testimonial, pues si bastara a los deponentes suscribir una constancia de lo que saben o conocen sobre algún suceso, hecho o acto y reconocer luego su firma bajo juramento, se desquiciarían las formalidades esenciales de este medio de prueba, que son las que permiten medir el valor probatorio del testimonio humano. De acuerdo con el artículo 637 y sus concordantes del anterior Código Judicial (Ley 105 de 1931), vigente cuando se suscribió la constancia que se analiza, resultaba que documento privado era el otorgado por las partes y su autenticidad derivaba de su reconocimiento por ellas, según los diversos modos previstos al efecto. Y esta noción no ha cambiado, ni podía cambiar, en el nuevo Código de Procedimiento Civil, que si bien enumera en su artículo 251 lo que se entiende por documento en sentido lato, señala a renglón seguido sus especies: público y privado, y es a éstos y no a aquél, a los que se refiere el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

Documentos, en sentido lato, según el texto del artículo 251 citado, “son los escritos, impresos, planos, dibujos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares”, lo que no obsta para que al estimar su mérito se entienda antes que el medio documental en sí, a lo que contiene. Y así resulta que la cinta magnetofónica en que se grabaron una confesión o algunos testimonios o el acta manuscrita o tomada a máquina que recogió aquélla o éstos, o la constancia escrita de personas a quienes consta un suceso, aunque en sí son documentos, corresponden en realidad a una prueba de confesión o a la testimonial y su examen ha de hacerse como tales y no como documentos públicos o privados. (Sala de Casación Laboral, noviembre 15 de 1971).

123

DONACION REMUNERATORIA

Debe ser siempre expresa y constar por escrito. No cabe en ella simulación.

Es cierto que hay varias especies de donación entre vivos, más lo es también que el Tribunal no ha sostenido lo contrario; la circunstancia de que él no se hubiera referido expresamente a las donaciones remuneratorias, no puede interpretarse como que desconozca o niegue su existencia en nuestro derecho. Tampoco ha rechazado el sentenciador la tesis de que un acto de donación entre vivos, al mismo tiempo pueda tener causa gratuita en parte y en parte onerosa, como sucede en la donación remuneratoria cuyo objeto tenga valor superior a los servicios que con élla se remuneran; lo que ha manifestado el fallador es cosa distinta: que no existiendo prueba de que el acto acusado sea simulado, debe respetarse la calificación expresa de dación en pago que le dieron las partes, que surge también de los mismos términos en que está redactada la escritura que la contiene.

De otro lado, en la hipótesis de que el Tribunal halle que una *datio in solutum* u otro acto o contrato, cualquiera que sea, oculta una donación entre vivos, no podría, en ningún caso, calificar como remuneratoria la liberalidad encubierta, pues las liberalidades de esa especie nunca pueden presentarse en forma tácita; siempre tienen que ser expresas por mandato manifiesto de la ley, so pena de considerarse gratuitas.

En efecto, el artículo 1490 del C. Civil dispone: "Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse.

Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita".

Fluye, entonces, nítidamente de lo anterior, que no habiéndose consignado expresamente en la escritura atacada que el acto que contiene fuera donación remuneratoria para recompensar servicios específicos no cobrados por quien los prestó, el Tribunal, de ninguna manera habría podido calificar como donación remuneratoria la dación en pago apuntada.

El sólo hecho de que en la escritura no se hubiese indicado en forma clara que se trataba de una donación remuneratoria, impedía al Tribunal calificarla como tal.

Distínguense las remuneratorias, de otras donaciones, en que siempre deben consignarse por escrito, por lo cual todas son solemnes; en que nunca pueden ser tácitas, pues en el documento que las contenga debe hacerse constar expresamente que la donación es remuneratoria y especificarse los servicios que con ella se remuneran; en que sólo son rescindibles y revocables en la parte que exceden al valor de los servicios específicos, y en que, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados no requieren insinuación, la cual sólo se exige en la parte en que el monto de la donación exceda a este valor.

De todo lo expuesto se concluye que nunca podrá existir simulación de donación remuneratoria, pues exigiendo la ley que ésta siempre debe ser expresa e imperando que cuando no se hace constar su calidad de tal, se presume gratuita, síguese que la donación remuneratoria nunca puede estar escondida bajo el ropaje de otro acto jurídico. (Casación Civil, julio 9 de 1971).

124

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Esta calificación no puede efectuarse por la sola materialidad del desempeño sino por el carácter con que se le presta, que si es el de funcionario, con un status legal y reglamentario, no adquirido por la vía contractual, es empleado público, sujeto del derecho administrativo y no trabajador oficial, del ámbito del derecho laboral. (Sala de Casación Laboral, noviembre 5 de 1971).

125

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

De largo tiempo atrás viene sosteniendo la Corte que la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurren tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de CAUSA que lo justifique desde el punto de vista legal. Por causa no debe entenderse aquí el motivo a que se hace referencia en el Art. 1524 del Código Civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecido y el empobrecido que justifique el desplazamiento patrimonial que ha tenido lugar.

Cuando media entre los interesados una obligación previa, como la que contrae el vendedor de hacer tradición de la cosa o cosas vendidas, el cumplimiento parcial de ella jamás puede generar un enriquecimiento sin causa del comprador. La causa es en este caso el contrato de compraventa. (Casación Civil, junio 9 de 1971).

-126

ERROR DE HECHO

Cuando el punto inicial de la acusación radica, como en el presente caso, en el error de hecho en que habría incurrido el sentenciador en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al recurrente individualizar el medio mal apreciado y mostrar el error del Tribunal, el que para asumir entidad en casación ha de consistir en no haber visto aquél la prueba que obra en el proceso, o en haber supuesto la que no existe en él, hipótesis éstas que por imperativo lógico comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea por haberle hecho decir lo que no expresa o por haberle cercenado su real contenido. Incumbe, por tanto, al censor puntualizar cada uno de estos yerros y mostrar su evidencia, para que quede así de manifiesto que la situación de hecho que supuso el Tribunal por virtud de tamaños desaciertos en la apreciación de las pruebas, no corresponde a la realidad que ellas ciertamente demuestran.

Si el sentenciador contempla una prueba tal como se ofrece en el proceso, pero en ejercicio del poder discrecional de apreciación de que se halla investido le da una interpretación que no repugna a su texto y tiene, por ende, como demostrado un determinado hecho mejor que otro, no puede decirse entonces que haya incurrido en un error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria. En tal evento ha de respetarse la apreciación del sentenciador, no sólo porque llega cobijada por la presunción de acierto, sino porque se ampara en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley, razón por la cual no puede ser variada en el recurso extraordinario. (Casación Civil, enero 30 de 1971).

127

ERROR DE HECHO

En punto a interpretación de los contratos.

Si el sentenciador contempla una prueba tal como se ofrece en el proceso, pero en

ejercicio del poder discrecional de apreciación de que se halla investido le da una interpretación que no repugna a su texto y tiene, por ende, como demostrado en determinado hecho mejor que otro, no puede decirse entonces que haya incurrido en un error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria. En tal evento ha de respetarse la apreciación del sentenciador, no sólo porque llega cobijada por la presunción de acierto, sino porque se ampara en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley, razón por la cual no puede ser variada en el recurso extraordinario.

Atinente con el error de hecho en la interpretación de los contratos ha dicho la Corte:

“El error de hecho en la función estimativa de las pruebas debe aparecer de manera incontrovertible, cierta, que no deje resquicio alguno por donde pueda insinuarse un ápice de duda. El Art. 520 del C. J. exige que conste ‘de modo manifiesto’, esto es, que su presencia en el juicio sea verdad objetiva.

“En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia a que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas

sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos.

“Mas es sabido que la interpretación implica de suyo un proceso intelectual, en el cual confluyen circunstancias, factores, nociones y conceptos de distintos órdenes que pesan todos en la mente del juzgador, en la medida personal que éste les asigna. Por este motivo goza de autonomía en esa tarea: no habría cauces positivos para ordenar su discernimiento, ni límites concretos para contener una medida; pero como tampoco hay poder para errar, ni derecho humano ilimitado, esa autonomía tiene una cadena: el error de hecho, cuya presencia en el proceso sea de una evidencia deslumbradora, porque de lo contrario aquella autonomía sería imaginaria y este recurso se transformaría en debate de instancia”. (LXXVII Pág. 148).

En sentencias anteriores había dicho:

“La Corte de Casación no puede desestimar la interpretación dada por los Tribunales de instancia a las cláusulas de un contrato, porque a su juicio parezca que las partes pretendieron obligarse de una manera diferente a la entendida por el Tribunal cuya sentencia examina. Es preciso que el error en la apreciación de las cláusulas de un contrato sea tan claro a la luz de las reglas legales y de los datos del expediente que no deje lugar a duda alguna”. (XX, 295).

“En principio, la interpretación de una convención corresponde soberanamente a los jueces de fondo, cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual no acontece sino cuando el Juez so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante, o la sustituye por otra de su invención”. (XXV. 429). (Casación Civil, agosto 27 de 1971).

128

ERROR DE HECHO

El artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dispuso que el error de hecho será motivo de casación solamente cuando provenga de la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular. (Sala de Casación Laboral. Febrero 22 de 1971).

129

ERROR DE HECHO

Conviene pues recordar aquí que, cuando el cargo contra la sentencia acusada se fundamenta en error de hecho, éste sólo será motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de: un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, siendo necesario que se alegue por el recurrente, que se demuestre el hecho de que en el fallo acusado se incurrió en el error, y que éste de otra parte aparezca manifiesto en los autos, según las restricciones establecidas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. (Sala de Casación Laboral. Marzo 15 de 1971).

130

ERROR DE HECHO

No debe confundirse el resultado, esto es, el error, con su causa, es decir, el juicio equivocado sobre la prueba o la falta de estimación de ella.

Al presentar como errores de hecho la falta de apreciación de unos documentos y la mala apreciación de la confesión de la demandada en el juicio, tal como se las ha reseñado, el recurrente confunde el resultado, esto es el error, con su causa, es decir, el juicio equivocado sobre la prueba o la falta de estimación de ella. En otras palabras el error se ha hecho consistir en esos defectos de estimación probatoria cuando lo debido era presentar como tal el que el

fallador hubiese concluido que el contrato de autos terminó el 5 de septiembre de 1965 siendo así que las probanzas destacadas exhiben ese hecho, según el acusador, como ocurrido el 2 de septiembre del mismo año. (Sala de Casación Laboral. Julio 21 de 1971).

131

ERROR DE HECHO

(Sala de Casación Laboral. Octubre 8 de 1971).

132

ERROR DE HECHO

(Sala de Casación Laboral. Octubre 26 de 1971).

133

ERROR DE HECHO

(Sala de Casación Laboral. Diciembre 13 de 1971).

134

ERROR OSTENSIBLE DE HECHO

La equivocada apreciación de un documento no solemne, como el de autos, constituye error de hecho en la casación laboral, y si lo deducido por el fallador contraría claramente lo que en él se estipula el ataque por esta vía no puede descalificarse como antitécnico.

Además, la prueba sobre que versa la acusación es documento suscrito por los litigantes, proviene indiscutidamente de ellos y tiene por lo tanto el carácter que requiere la Ley 16 de 1969 para que se la estudie por el camino escogido por el acusador. Por otra parte, el cargo no reposa en "la interpretación legal de un texto" sino sobre la cláusula misma y si su conclusión afirma una modalidad de ley, en punto a la duración del contrato, que es lo que ha motivado la controversia, ello no desnaturaliza el carácter del error, que es de hecho por cuanto el fallador habría dado por establecido uno que no lo está y dejado de apre-

ciar el que establece la prueba discutida. (Sala de Casación Laboral. Marzo 10 de 1971).

135

ESCRITURA PUBLICA

Cómo desvirtuar su mérito probatorio.

Supuesto necesario para la prosperidad de la acción resolutoria que para los contratos bilaterales en general consagra el artículo 1546 del C. C., y que para el de compraventa en particular reitera el 1930, es la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado.

Como en la escritura, contentiva del contrato bilateral cuya resolución se impetra, dijeron los contratantes que el precio había sido pagado, hay que tener por verdadera esa declaración al tenor del artículo 1759 del C. C., mientras no sea desvirtuada en legal forma. No es, empero, con cualquier medio probatorio como uno de los contratantes puede destruir la plena fe que el artículo 1759 precitado otorga al instrumento público en cuanto a la verdad de las declaraciones hechas por los interesados, pues se requiere para ello una prueba de igual fuerza de convicción a la del instrumento en donde consta la declaración. La estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio exigen que cuando las partes han consignado por escrito sus convenios, no se les permita demostrar la insinceridad de las declaraciones hechas sino a través de medios de igual valor al que les sirvió para acreditar el contrato impugnado, esto es prueba escrita, confesión del otro contratante, o un principio de prueba por escrito complementado con otros medios probatorios. Así se desprende del contexto de los artículos 1766 del C. C. y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887. (Casación Civil, 21 de enero de 1971).

136

ESCRITURA PUBLICA

La escritura pública aún sin registro, prueba plenamente, entre las partes, el contrato de compraventa.

"No examina el recurrente si por el hecho de ser los otorgantes de la escritura las mismas personas que ahora como demandante y demandado comparecen ante la justicia, tal instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era suficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del C. C. la compraventa es el contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción 'la venta de bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública', no puede remitirse a duda que el acto notarial sin registro alguno forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad. No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurren a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad ad substantiam y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes". (Casación Civil, 19 de abril de 1971).

137

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO

El ad-quem afirma que la Clínica de Maternidad de Medellín es un establecimiento público, pero no puede entenderse que quiso clasificarlo en la forma en que lo hace el recurrente. La sentencia recalca sobre el carácter oficial de institución, mas no sobre la índole de establecimiento público. Se quiere hacer ver que el nombre de fundación adoptado en el Acuerdo Municipal número 18 de 1º de agosto de 1949, no es correcto para las entidades oficiales. Por tales razones el ad-quem compara mediante

cita de autor nacional, el establecimiento público con la institución de utilidad pública.

Por otra parte, el concepto de establecimiento público que presenta el recurrente, puede no ser exacto, ya que mientras unos tratadistas exigen que la actividad del establecimiento público sea estrictamente de carácter administrativo, otros admiten que ella puede consistir en un servicio público, en una necesidad general no obligatoriamente a cargo del Estado, sino muchas veces satisfecha también por particulares.

Pero aunque se aceptara que el establecimiento público solamente ha de atender actividades de índole administrativa, no se concluiría que debe rechazarse el contrato de trabajo, ya que frente a la legislación actual, puede existir la forma contractual con los trabajadores que determinen los estatutos o en aquellos establecimientos públicos que se encuentren organizados en forma industrial o comercial.

Con mayor razón si se estima que el establecimiento público puede prestar un servicio público de los que también están a cargo de particulares, porque allí no solamente con la legislación actual sino con la anterior, se tendría el contrato de trabajo dentro de instituciones idénticas a las de los particulares. (Sala de Casación Laboral. Julio 31 de 1971).

138

ESTADO CIVIL

Las actas del registro del estado civil son prueba del matrimonio tanto católico como civil.

De acuerdo con los artículos 346 y 347 del C. Civil y 18 de la Ley 92 de 1938, las copias auténticas de las actas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios de que trata dicha Ley, tienen "el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones y adopciones" sin que al efecto se establezca diferencia alguna relativa a la religión que profesan las personas a que se refieren esos hechos de la vida ci-

vil, como lo pretende el recurrente, ni se disponga que tales partidas deban ser corroboradas con otras pruebas. (Casación Civil, 27 de abril de 1971).

139

ESTADO DE IRA È INTENSO DOLOR

Corresponde al Jurado calificarlo de grave e injusto, para que constituya la atenuante del artículo 28 del C. P.

De suerte que el veredicto, al afirmar la responsabilidad del proceso, lo hizo con respecto al homicidio agravado, al homicidio con las circunstancias de la premeditación y de la asechanza y alevosía que constaban claramente en el cuestionario. Si bien el tribunal popular agregó la frase "en estado de ira e intenso dolor, motivado por el abandono del hogar de la víctima", por haber omitido la gravedad e injusticia de tal provocación causativa, el juez de derecho, en la segunda instancia, consideró que la simple referencia a dicho estado no estructuraba la circunstancia específica de atenuación consagrada en el artículo 28 del C. P. En tal virtud, fue condenado el recurrente dentro de la modalidad del asesinato. "Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado" (C. S. J., sentencia de 12 de febrero de 1948, LXIV, 169).

Como observa el Procurador, correspondía al actor demostrar plenamente que la provocación, causa del estado de ira e intenso dolor, revestía el carácter de grave que exige la ley. "Así, mientras el veredicto encontró el motivo del estado de ira en el abandono del hogar por parte de la víctima, la demanda de casación lo sitúa en el hecho de haber sorprendido el agente a su concubina y N. N. en ilegítimo acceso carnal; por lo demás, la respuesta del jurado

está conforme con la realidad, porque la mujer se retiró del hogar pero su muerte ocurrió en las circunstancias señaladas en el auto de enjuiciamiento, de manera que el motivo no resultó suficiente para atenuar la responsabilidad penal del agente".

De otra parte, importa de nuevo relevar que al jurado se le propuso una precisa situación, también planteada en forma concisa en el auto de llamamiento a juicio, en el cual se le imputó al procesado un delito de homicidio con circunstancias específicas de asesinato, pues a la víctima se la ultimó con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y en condiciones de indefensión. Los jueces de hecho afirmaron la existencia de la cuestión propuesta, al declarar responsable al sindicado de haber dado muerte a la occisa en las condiciones indicadas que agravan el delito, más ejecutando el hecho en estado de ira e intenso dolor. A ese veredicto se ajusta la sentencia recurrida, sin darle a esta última frase el carácter modificador que pretende el actor, con lo cual acoge ese fallo el criterio doctrinal expuesto por la Corte al aceptar que en un raptus de ira no anula la agravación del homicidio. En efecto, esta Corporación "se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira e intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles" (Casaciones de 6 de abril de 1943, de 26 de junio de 1944, de 4 de septiembre de 1945 y de 24 de septiembre de 1969). Además, no hubo realmente provocación ninguna, porque el abandono del hogar en este caso concreto fue motivado por las amenazas anteriores del victimario. (Casación Penal, marzo 16 de 1971).

140

ESTADO DE IRA È INTENSO DOLOR

Reconocimiento de la atenuante específica consagrada en el artículo 28 del Código Penal.

En muchas oportunidades ha expresado esta Sala que el estatuto penal considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una

provocación grave e injusta, en cuyo caso ellos constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad y cuya calificación compete exclusivamente al Jurado, o sin esa subordinación, constituyendo entonces circunstancias de peligrosidad (menor), que incumbe calificar a los jueces de derecho, pero en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena, aunque en grados diferentes.

Los jueces de conciencia produjeron de manera unánime el siguiente veredicto: "Es culpable de homicidio simple con atenuante de provocación injusta".

Es patente en tal respuesta que su primera parte, en la cual se afirma la culpabilidad del acusado por homicidio simple, coincide casi exactamente con la fórmula propuesta en la audiencia por el representante de la sociedad. Pero no se limitaron a ello los jurados, sino que estimaron pertinente agregar una segunda afirmación —fruto, como la primera, de su íntima convicción—: "con atenuante de provocación injusta". Y esa atenuante no puede ser la prevista por el artículo 38 del C. P. en su ordinal 3º, cuyo reconocimiento concierne al Juez de derecho, y que en ningún momento fue discutida, estudiada o analizada en el curso de la audiencia, sino aquella que en sus dos hipótesis —ira o intenso dolor— consagra el artículo 28 *ibidem*, porque es ella la que, aminorando el delito, compete calificar por modo exclusivo al jurado. Por ello sin duda fue ésta objeto de prolijo y dilatado examen ante los jueces de hecho, constituyendo la alternativa subsidiaria que les propuso la defensa.

Aislada o identificada con cabal certidumbre la atenuante que el tribunal del pueblo quiso reconocer, reconocimiento cuya base probatoria escapa al control de la Corte en casación, ello implica necesariamente, por un imperativo lógico, la gravedad e injusticia de la provocación, como factores determinantes de la ira o del dolor. El concepto que acaba de expresarse en manera alguna significa la desintegración de la figura descrita por el artículo 28 del C. P. Por el contrario, se ratifica la doctrina de que la ira o el intenso dolor deben

provenir de la doble fuente conocida: grave e injusta provocación. Se observa sólo que al reconocer el Jurado la atenuante de la provocación, como es incuestionable que ocurre en el presente caso, ello convoca todos los demás factores consustanciales de la circunstancia modificadora examinada. Por vía ilustrativa cabe recordar que cuando los jueces de conciencia afirman la existencia de la legítima defensa, *verbi gratia*, no se les exige que repitan con fidelidad absoluta todos y cada uno de los términos que la ley emplea para consagrar la eximente; basta que mediante una locución sustitutiva traduzca el Juri la esencia del fenómeno jurídico que el tecnicismo de la ley encierra.

Resumiendo: la gravedad y la injusticia son presupuestos esenciales para que la pena se atenúe por provocación. Como lo ha repetido la Corte, lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. La ley, en el artículo 28 del C. P., ha creado un vínculo de causalidad entre la provocación grave e injusta y los estados emocionales que aquélla determina. Pero toda esa construcción jurídica tiene la finalidad fundamental de conformar una circunstancia modificadora del delito, atenuándolo, cuya calificación, —ya se ha dicho— compete exclusivamente a los jueces de conciencia. Por tanto, cuando el tribunal popular, como en el caso de autos, expresa que el delito se cometió "con atenuante de provocación injusta", tal reconocimiento compendia o resume todo el contenido conceptual y jurídico que la norma del citado artículo 28 conlleva, porque ha incluido su esencia, vale decir, la atenuante, sin que sea necesario el empleo de un léxico sacramental. (Sala de Casación Penal, agosto 2 de 1971).

141

ESTAFA

(Elementos estructurales).

El artículo 408 encabeza el capítulo que trata de la estafa y prescribe:

“El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos”.

A términos de la disposición copiada, el tipo penal que ella contempla reclama la coexistencia de estos elementos estructurales, ninguno de los cuales puede estar ausente:

a) Despliegue de un artificio o engaño, dirigido a suscitar error en la víctima.

b) Error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid.

c) Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito.

d) Perjuicio correlativo de otro.

e) Sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno.

El artificio y el engaño son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa. Consisten en todo medio habilidoso para transfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira.

El artificio o engaño, con el que se inicia toda estafa, debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error.

Error, a los fines penales, “es ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho”, como dice Maggiore (Derecho Penal, Vol. V., Pág. 128). Debe derivar en la infracción que define el artículo 408 de la ley penal colombiana, de la maquinación fraudulenta empleada por el sujeto activo. Mas en este punto cabe observar que no es preciso que el error surja necesariamente por iniciativa del delincuente. El puede tener origen en una equivocada creencia del ofendido, que es luego afianzada con artimañas del estafador. Por ello observa Manzini, en concepto que recoge Maggiore, que “induce en error, tanto el que crea el error mismo, como el que lo aumenta, lo conso-

lida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible”. Lo que sí no basta en la legislación colombiana, que en la descripción de la estafa sigue muy de cerca la italiana, es el simple aprovechamiento del error ajeno, situación que en otros códigos, como el alemán y el búlgaro, se equipara a la inducción en error.

La obtención de un provecho ilícito es el elemento material de la estafa. Hacia ese fin se orienta la acción del culpable. Provecho ilícito es toda utilidad o beneficio, de cualquier naturaleza, aunque no sea directamente económico, conseguido sin título legal, *sine jure* (sin derecho).

El provecho puede resultar de prestaciones de dar, de hacer o de no hacer una cosa, referidas a bienes de cualquier clase, que resultan benéficas para el autor del hecho o para otros, pues no se requiere identidad entre el sujeto de la infracción y el favorecido con la estafa, que puede ser un tercero.

La injusta utilidad lograda por el responsable, para sí o para otros, debe ser el efecto de la inducción en error por el artificio o engaño, de modo que se pueda afirmar que de no haber mediado el error el beneficio no se habría consumado.

El perjuicio de otro es la lesión o daño efectivo al patrimonio de una persona determinada o determinable de algún modo (natural o jurídica), y ha de ser de contenido rigurosamente económico, pues la estafa es un delito contra la propiedad. Puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, sobre un derecho o cualquier otro interés, económicamente apreciable.

El perjuicio tiene que ser cierto y se consume cuando la víctima ha sido privada de la cosa o de su derecho, vale decir, cuando se ha realizado la desposesión. “Por consiguiente —anota Febres Cordro— el daño potencial no es suficiente para que la estafa se considere consumada”. (Curso de Derecho Penal —Delitos contra la Propiedad— Pág. 162). “El daño —dice Manzini— debe provenir de la privación o del menoscabo de un derecho existente y cierto. En consecuencia, causar una simple decepción,

frustrar una mera expectativa que no deriva de un derecho (por ejemplo, una herencia), no constituye el daño que se requiere para la imputabilidad de la estafa" (Tratado de Derecho Penal, Vol. VIII, Pág. 318).

Víctima del perjuicio puede ser quien ha sufrido el error, por causa del engaño, o persona distinta. Uno puede ser el inducido en error, y otro el que recibe el daño patrimonial. Se puede estafar, verbigracia, al propietario engañando el tenedor material de sus bienes. Pero en todo caso el damnificado es el sujeto pasivo de la infracción.

La relación causal entre los elementos integrantes de la estafa, necesaria para la tipicidad del delito, se tiene cuando el artificio o engaño ha sido determinante del error, y éste a su vez ha determinado la prestación que es útil para el estafador y perjudicial para otro. Por ello enseña Soler que "Dentro del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambas ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa" (Derecho Penal Argentino, Vol. IV, Pág. 361). (Sala de Casación Penal, Bogotá, 25 de octubre de 1971).

142

FACULTADES DEL APODERADO

El reparo hecho por el opositor sobre las facultades del apoderado del trabajador, es equivocado e inoportuno. No se necesita facultad especial para atender el recurso de casación, y el poder otorgado por el demandante no tiene limitación alguna, luego el primer apoderado sí tenía la facultad de sustentar el recurso y el que lo sustentó recibió tal facultad en la sustitución del poder. El reparo también es inoportuno, pues ha debido formularse cuando se reconoció personería al apoderado del trabajador para representarlo en el recurso, momento que el opositor no aprovechó para hacer la

observación que ahora formula. (Sala de Casación Laboral, noviembre 3 de 1971).

143

FALSEDAD DOCUMENTAL

La falsedad documental no admite la modalidad culposa.

Y bien sabido es que el delito de falsedad en documentos sólo admite la modalidad intencional, dolosa, de propósito de atentar contra la legitimidad y eficacia del documento como medios de prueba de hechos verdaderos.

Es necesario, en dicha infracción penal, el ánimo de lesionar la fe pública, interés jurídico éste que Binding concreta en "la recta efectividad de la prueba" y que Quintano Ripolles denomina "la genuinidad de la prueba documentaria". Sin este propósito de cumplir una inmutación de la verdad a sabiendas de que se daña o se puede dañar esa "genuinidad documentaria" o esa "recta efectividad de la prueba", no se tiene el delito de falsedad en documentos. (Sala Penal, abril 28 de 1971).

144

FALSEDAD DOCUMENTAL

La ausencia de daño (Real o Potencial)

hace inocua la falsedad.

Es indudable que las explicaciones dadas por el Juez inculpado, conducen necesariamente —como se dice en el proveído sometido a consulta— a considerar que las mentiras por él estampadas en las diligencias de indagatoria obedecieron al propósito, deliberado desde luego, de inmutar la verdad, pero con el fin de "acilizar el trámite de los negocios penales y, específicamente el de resolver, dentro de la mayor rapidez posible, la situación jurídica de los procesados".

Como afirmó esta Corporación en auto de 17 de febrero último, doctrina y jurisprudencia reconocen la regla invariable según

la cual los delitos sociales son delitos de carácter formal, para cuya consumación no es necesario que se logre el fin especial buscado por el culpable. Mas este fin no debe estar ausente de su intención de dañar o de su ánimo de obtener un provecho ilícito, sin los cuales no existe el dolo. Manifiesta Carrara que la ley no castiga toda falsedad sino únicamente la que hace daño o tiene virtualidad para causarlo. No es suficiente que el agente conozca que su falsedad es contraria a la ley. Es preciso —dice— que obre a sabiendas de que su falsedad es dañosa, por lo menos potencialmente. Sin estas precisiones tendrá el agente conocimiento de que realiza un acto falso, pero no contrario a la ley. Y asegura que el dolo es la intención más o menos perfecta de verificar un acto que se sabe contrario a derecho. Alimena afirma que considerado en su contenido, el dolo “es la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito”. Von Liszt asevera que el “dolo podría y debería ser definido, como la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad”. Para Manzini es “la voluntariedad consciente del hecho contrario a la ley penal”. Ferri observa que “el delito intencional (doloso), como no puede ser involuntario, no puede darse tampoco sin la conciencia de lo ilícito”.

Ahora bien, ¿cuáles son los hechos que la ley penal veda por reputarlos ilícitos? ¿Cuáles son los que atacan los intereses jurídicamente protegidos? Palmar es que solamente los que causan daño o tienen potencia para causarlo, porque a la ley no le es dable, sin incurrir en despotismo, reprimir como delictuosos los actos humanos inocuos, vale decir, los que no son susceptibles de hacer un daño efectivo o siquiera hipotético.

Si esto es así y si el delito sin daño o sin la virtualidad de dañar es jurídicamente inconcebible, fuerza es concluir que para que exista dolo en la falsedad documental es indispensable que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de

efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar. No basta, por ende, el mero conocimiento de que se altera o inmuta la verdad. De suerte que si el sujeto actúa en la creencia de que realiza una inmutación inocua de la verdad, no puede sustentarse que obra dolosamente, pues que no sabe que la falsedad en que incurre es de las prohibidas por la ley.

La Corte ha reunido en una notable jurisprudencia los elementos que caracterizan la falsedad documental, como sigue:

“La falsedad punible es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto, a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. La mutación de la verdad ha de recaer, pues, en algo sustancial que pueda lesionar la fe pública, por medio de un escrito que, si bien tiene las apariencias de una prueba, en el fondo la traiciona, por falta de veracidad en todos o en alguno de los hechos que afirma”. (Sentencia, mayo 29 de 1953, G.J., t. LXXV, p. 220).

No incluye esta jurisprudencia, respecto de la falsedad en documento público, el elemento perjuicio (real o potencial), pero él se infiere del juicio equivocado que hace formar el falsario sobre el hecho concreto. Mutar la relación entre lo que existe y lo que se piensa, “es ya una consecuencia punible, porque el hombre espera no sólo que se respete la verdad, sino que él mismo tenga conciencia de ella”. Por ello un insigne tratadista colombiano afirma que se debe reconocer como incluida en el fallo de la Corte esta definición aprobada por la VIII Conferencia Internacional para Unificación del Derecho Penal, reunida en Bruselas, en julio de 1947:

“La falsedad documental es la alteración de la verdad cometida con conciencia de causar un perjuicio en un documento destinado o adecuado para la prueba de un derecho o de un hecho que origine consecuencias jurídicas”. (Sala Penal, 27 de abril de 1971).

145

FALESDAD EN DOCUMENTOS

Cuando se produce a sabiendas de que es inocua, no se puede hablar de que el funcionario la ejecutó "abusando de sus funciones".

Doctrina y jurisprudencia reconocen la regla invariable según la cual los delitos sociales son delitos de carácter formal, para cuya consumación no es necesario que se logre el fin especial buscado por el culpable. Pero este fin no debe estar ausente de su intención de dañar o de su ánimo de obtener un provecho ilícito, sin los cuales no existe el dolo. Dice Carrara que la ley no castiga toda falsedad sino únicamente la que hace daño o tiene potencia para hacerlo. No basta que el agente conozca que su falsedad es contraria a la ley. Es preciso —dice— que obre a sabiendas de que su falsedad es dañosa, por lo menos potencialmente. Sin estas precisiones tendrá el agente conocimiento de que realiza un acto falso, pero no contrario a la ley. Y asegura que el dolo es la intención de verificar un acto que se sabe contrario a derecho.

La verdad sustancial afirmada por el juez en el decreto de nombramientos y en las actas cuyas fechas aparecen adulteradas, no está en contradicción palmar con la verdad formal certificada por el juez. Podría argüirse no obstante que es doctrina universalmente aceptada la de que el delito de falsedad pública se considera agotado y perfecto desde el instante mismo en que el instrumento público es alterado por el culpable, sin que importe que haya logrado o no los fines que se proponía con la adulteración. Basta pues al caso que el derecho general comprometido o atacado por el agente haya sufrido menoscabo para que el delito se consume. Y es indiferente que el funcionario haya hecho uso o no del instrumento en busca del fin último perseguido por su medio. Pero no es irrelevante para la ponderación de la ilicitud el que la intención de dañar el interés general, legalmente protegido, o de obtener el provecho ilegítimo, hayan estado presentes, así sean potencialmente, como estímulos o motivaciones de la adulteración.

Cuando la falsedad se produce en documentos a sabiendas de que se trata de una falsedad inocua, no se puede hablar de que el funcionario ejecutó el acto "abusando de sus funciones".

El abuso que agrava la responsabilidad en algunos delitos y simplemente la configura en otros, consiste en la infidelidad que burla la confianza perjudicando un derecho legalmente reconocido.

En el caso sub-examine resulta evidente, como lo afirma el tribunal a-quo, que la inexactitud relativa a la ausencia del funcionario, en la fecha misma en que certifica el acta de posesión de los subalternos nombrados por el Decreto 007 de 18 de abril de 1966, constituye simplemente una "omisión formal" porque la intención dolosa de faltar a la verdad causando perjuicio, no tuvo existencia. El caso de autos es de común ocurrencia en el tráfico ordinario de los negocios públicos. No es otro ni distinto el del funcionario que en su condición de jefe de oficina o por estar obligado legalmente, certifica anticipadamente, con el sólo objeto de facilitar operaciones contables o de tesorería, los días laborados por sus dependientes. La verdad formal se altera en este caso. No la verdad sustancial. El funcionario sabe que certifica un hecho menguado, todavía no perfecto a cabalidad. Pero no por ello predicable ni exigible a título de dolo. Tampoco se da en este supuesto la intención de traicionar la fe pública, depositada en el funcionario que autentica el documento, ni de obtener para sí, ni para nadie, provecho alguno. (Sala Penal, febrero 19 de 1971).

146

FALESDAD EN DOCUMENTOS

(Bien jurídico tutelado)

Respecto de los documentos públicos u oficiales y de las actas de las parroquias, equiparadas a aquéllos para los efectos de su tutela, lo que se ampara al sancionar su falsedad por fabricación o uso, es la legalidad o autenticidad de ellos, como medios de prueba. No se requiere, como sí para los do-

cumentos privados (C.P. Art. 240), que se cause un daño distinto o se tenga intención de producirlo. Basta, se repite, que ese interés de la fe pública fundado en la legalidad o autenticidad de los documentos de que se ha hecho mención (documentos públicos u oficiales y actas de las parroquias), resulte ofendida por la quiebra que la falta de la verdad en ellos produzca respecto de la autenticidad o legalidad de esos documentos.

Otra cosa es que la mentira o alteración del documento tenga atinencia jurídica, esto es, que se refiera a hechos con significado jurídico. Y esto es obvio, puesto que se trata del delito de falsedad en documento, y documento es un escrito con tenor y firma del que se desprenden consecuencias jurídicas respecto de quien lo suscribe. No se daría esa atinencia jurídica, por caso, en la aseveración que el otorgante de una escritura pública hiciera respecto de su calidad de doctor en alguna de las profesiones liberales sin serlo, si esa escritura se refiere a una compraventa de inmuebles, porque el doctorado no se demuestra con tal afirmación en ese documento. (Sala de Casación Penal, Bogotá 4 de diciembre de 1971).

147

FALSEDAD EN PARTIDAS ECLESIÁSTICAS

Con relación al alcance del artículo 18 de la Ley 92 de 1938, esta Corporación lo ha explicado así: En cuanto se refiere a “nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica”, las certificaciones expedidas por los respectivos párrocos, “insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales”, la norma en comento se limitó a quitarles el carácter de pruebas principales del estado civil, “sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos”. (Sentencia de 2 de abril de 1959). Entonces, esos documentos parroquiales, posteriores a la vigencia de la citada Ley 92, si bien han perdido el carácter de pruebas principales, han conservado el carácter de pruebas de

naturaleza supletoria pero, en todo caso, son pruebas capaces de producir efecto jurídico. Ninguna disposición les ha negado ese carácter. Sino que, se repite, se les cambió el de pruebas principales, para tornarlas en supletorias.

De otra parte no puede negarse, como se anotó anteriormente, que la legalidad o autenticidad de tales partidas está protegida por la ley penal y que su quebrantamiento implica la sanción correspondiente.

De acuerdo con el artículo 157 de la Constitución, para ser Juez de Circuito se requiere, entre otras calidades, la de “ser colombiano de nacimiento” y según el 8º de la misma Carta “son nacionales colombianos: 1º Por nacimiento: a) los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República”. Precisamente esta calidad de nacional colombiano por nacimiento fue la que voluntariamente quiso acreditar el acusado haciendo uso de una prueba de carácter supletorio, de orden eclesiástico, prueba supletoria cuya falsedad total fue plenamente acreditada dentro del proceso.

Norma el Decreto 1260 de 1970: “Artículo 1º. El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

“Artículo 2º. El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos”.

El nacimiento de una persona es un hecho jurídico y la partida que lo registra o que da cuenta de él, tiende a acreditar, de manera principal o supletoria, según el caso, hechos relacionados con el estado civil de aquella persona a quien la partida se refiere, por ejemplo: su nacionalidad, su edad, su calidad de hijo legítimo o natural. Entonces, participando las pruebas supletorias

del carácter de pruebas y teniéndolas como tales las disposiciones legales respectivas, síguese que la falsificación de una partida de nacimiento de origen eclesiástico, aún ya en vigencia la Ley 92 de 1938, no constituye una falsedad inocua porque ella se verifica o realiza sobre un medio probatorio capaz de producir efectos jurídicos, puesto que, como se ha visto, la prueba principal no es prueba única.

En atención a lo anterior y frente a la partida de nacimiento que viene estudiándose y que tiene el carácter de prueba supletoria con las consecuencias ya indicadas, no puede hablarse de delito imposible porque para que se tratara de un delito de esta naturaleza sería necesario que ese documento no pudiera producir ningún efecto, es decir, que no pudiera llegar a tener relevancia jurídica. Pero aquí, como se anotó, la ley le da la posibilidad de probar a falta de la prueba principal. Esa partida tenía, de manera subsidiaria, eficacia probatoria, virtualidad probatoria para llegar a producir efectos con relación al estado civil. En estas condiciones mal podía el juzgador de instancia tomar en cuenta el artículo 18 del Código Penal para aplicarlo, en vez del 243, porque el procesado, a sabiendas de su falsedad, hizo uso de esa partida de origen eclesiástico, para proporcionarse un medio de prueba de hechos verdaderos como lo eran el de su nacionalidad y el de su edad.

Ratifica lo antes observado la manera como el artículo 232 del Código Penal sanciona la falsedad que cometa un Ministro eclesiástico, respecto de actos o documentos, pues en ese precepto, al aludir a éstos, señala que basta que "puedan producir efectos en el estado civil de las personas". El artículo 243, al sancionar la falsedad que se cometa para probar hechos ciertos, alude a los artículos precedentes entre los cuales se encuentra el 232 citado, y esta última norma, en cuanto a la fuerza intrínseca de los documentos a los cuales se refiere, usa el presente de subjuntivo del verbo poder, "pueden", que denota la mera posibilidad de producir efectos en el susodicho estado civil de las personas, tiempo verbal que envuelve una mera hipótesis, en tal caso, de

simple potencialidad probatoria. Y esto es lo que corresponde predicar de toda prueba supletoria, pues su capacidad como medio de demostración no cabe ser negada, si bien está sujeta a que falte el elemento de juicio principal.

Así, pues, ese interés jurídico de la legitimidad o de la autenticidad de la prueba tutelado en la ley al reprimir la falsedad en documentos públicos u oficiales o en las actas de origen eclesiástico, resulta ofendido en la forma ya dicha, en la partida parroquial de que se ha hecho mención. No se trata, por consiguiente, de una falsedad inocua ni de un delito imposible, cabe repetir. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 4 de diciembre de 1971).

148

FALTAS CONTRA LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA. COMPETENCIA PARA SU JUZGAMIENTO.

Con fundamento en lo que señala el artículo 67 del Decreto 196 de 1971, la Corte ha indicado, hasta ahora, que el conocimiento de los procesos por faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía le corresponde, en primera instancia, a la Sala Penal en pleno de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Dice el artículo citado que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejercerán la jurisdicción disciplinaria en Sala Penal".

Sin embargo, corresponde rectificar aquel criterio de la Corporación, por las siguientes razones:

a) El artículo 7º del Decreto 1265 de 28 de julio de 1970, orgánico de la administración de justicia, publicado en el Diario Oficial 33118 de 5 de agosto de 1970 y que rige desde la fecha de su expedición, dice que "las Salas de los Tribunales ejercerán sus funciones jurisdiccionales en Salas de Decisión, que se integrarán en cada asunto por el Magistrado a quien le corresponda en el repartimiento y por los dos que le sigan en turno en orden alfabético de apellidos...".

El Código de Procedimiento Penal que entró a regir el 1º de julio último, no deroga expresa ni tácitamente el artículo que acaba de ser transcrito. Antes bien, lo ratifica al señalar la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, pues en el inciso primero del 33 del mismo estatuto se dice que de las materias en esa norma previstas concocen "las salas penales de Decisión..." de tales Corporaciones.

Y dispone el Código de Procedimiento Penal (artículo 769) que solamente quedan derogados el Decreto 1345 de 1970 y "las normas sobre procedimiento penal ordinario, que no se encuentren incluidas..." en aquél.

En consecuencia, la norma que trae el artículo 7º del Decreto 1265 de 1970, que alude a todos los asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para indicar que de ellos deben ocuparse sus Salas de Decisión, es pertinente en el régimen disciplinario de los profesionales de la abogacía, pues en ninguno de los preceptos del Decreto 196 de 1971 se modifica lo que señala el referido artículo 7º del Decreto 1265 de 1970.

En efecto, el artículo 67 del estatuto sobre ejercicio de la abogacía dice, como ya se dejó transcrito, que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejercerán la jurisdicción disciplinaria en Sala Penal". Y el 7º del Decreto 1265 de 1970 señala cómo cumulen sus funciones las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial al preceptuar que los asuntos de su competencia serán conocidos en Salas de Decisión. Y esta última norma no tiene excepción alguna en el Decreto 196 de 1971.

b) Resulta exagerado estimar que del conocimiento de simples faltas tenga que ocuparse la totalidad de los Magistrados de la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siendo así que para resolver respecto de cualquier delito y aún de los que cometan algunas dignidades de la Iglesia y determinados funcionarios judiciales y del Ministerio Público —en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas— la Sala Penal decide mediante sus Salas de Decisión.

No se tiene razón valedera alguna que explique la necesidad de que deba conocer la Sala Penal en pleno de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de las faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía, si, de otra parte, de un delito que cometa, por caso, un juez Superior en ejercicio de sus funciones solamente se ocupa una de las Salas de Decisión.

Pues bien:

En razón de las consideraciones anteriores, corresponde concluir que de las faltas contra la moral profesional en que incurran los abogados, concocen en primera instancia las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Sala Penal, Bogotá, octubre 22 de 1971).

149

FALLO INHIBITORIO

Cuando son varios los demandados.- Peticiones subsidiaria y consecuencial.

Cuando, siendo varios los demandados, el sentenciador halla que respecto de uno de ellos debe proferirse sentencia inhibitoria, no se sigue ineluctablemente que esa decisión deba cobijar a todos los litisconsortes, sino en el evento de que ese litisconsorcio pasivo sea necesario, caso en el cual la sentencia de mérito sólo puede proferirse frente a la totalidad de los demandados.

Mas cuando sólo se trata de un litisconsorcio voluntario, la inhibición respecto de uno de los codemandados no obliga al fallador a privarse de entrar en el fondo del proceso respecto de los demás, pues en tal circunstancia no está obligado a pronunciar una decisión igual respecto de cada una de las personas que integran la parte demandada. (Casación Civil, 2 de abril de 1971).

150

FALLO INHIBITORIO

No se casa cuando el fallo de instancia de la Corte pueda agravar la condición del recurrente.

Las razones expuestas impondrían la casación de la sentencia del Tribunal. Mas co-

mo podría suceder que la decisión de la Corte como juzgador de instancia agravara la condición en que se halla el recurrente por virtud del fallo inhibitorio, ya que una sentencia de mérito adversa a sus pretensiones le impediría promover nueva demanda, se ve en el caso de mantener el fallo apelado. (Casación Civil, julio 1º de 1971).

151

FALLO ULTRA O EXTRA-PETITA

La facultad de fallar ultra o extra-petita es discrecional del Juez de primera instancia, quien podrá hacer uso de ella si se reúnen los requisitos contemplados en el artículo 50 del C.P. del T. sin que para ello sea necesaria una solicitud en abstracto hecha en la demanda, que resultaría inoficiosa.

Si el juez profiere condena ultra o extra-petita, el Tribunal Superior adquiere competencia para pronunciarse sobre ella, sea confirmándola o revocándola. En este caso su decisión es susceptible de acusarse en casación. Mas si el fallador de primera instancia no hace uso de la facultad que le confiere el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, o hace la manifestación expresa, improcedente y antitécnica desde luego, de que no hay lugar a pronunciarse más allá o fuera de lo pedido, el superior carece de competencia para referirse a esa abstención y cualquier manifestación confirmatoria que efectúe sobre el particular es ino-cua legalmente y escapa en consecuencia al examen de la Corte a través del recurso de casación. (Sala de Casación Laboral, octubre 26 de 1971).

152

FILIACION NATURAL

La calidad de heredero no puede demostrarse con certificación del juez.

En parte alguna autoriza la ley demostrar la calidad de heredero con un certificado expedido por un juez sobre el reconocimiento de dicho carácter hecho en un juicio sucesorio, pues ha sido doctrina de la

Corte que "los certificados de jueces y magistrados que hacen plena prueba son los que versen sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley; de modo que la declaratoria de herederos debe probarse no con un certificado sobre el particular, sino con la copia formalmente expedida del auto que lo contiene..." (Cas. Civ., octubre 19 de 1964, aún no publicada). (Casación Civil, 18 de marzo de 1971).

153

FILIACION NATURAL

Poseción notoria.

La posesión notoria del estado civil de hijo natural, enseña la doctrina, es más que un medio de prueba. Es una situación de hecho demostrable por todos los medios. Consiste, según el artículo 6º de la citada Ley 45 de 1936, "en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento". Aplicables a ella las normas generales de la ley civil, respecto de la posesión notoria de todo estado, por mandato del artículo 7º de la sobre-dicha ley, ha de probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable" (artículo 399 del C. Civil), en el sentido de que el sobre-dicho estado "deberá haber durado diez años continuos por lo menos" (artículo 398 ibidem), actualmente cinco años, al tenor del artículo 9º de la Ley 75 de 1968.

Tres son los elementos cuya concurrencia exige la ley para que la posesión notoria del estado civil pueda ser prueba del mismo; el tratamiento, en orden al cual el padre o la madre se haya comportado inequívocamente como tal con el hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; la fama, consiste en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, por razón de ese tratamiento, hayan reputado

ser del dicho padre o madre a quien pasa por hijo suyo; y la permanencia, o sea el hecho de la continuidad o constancia del tratamiento, generador de la fama, por un término de diez años por lo menos, según los artículos 398 del C. Civil, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, reducido a cinco años.

Estos elementos de la posesión notoria del estado civil, deben probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable" disciplina el artículo 398 del C. Civil mas por testimonios ha de entenderse no sólo la declaración de testigos, sino todo medio susceptible de dar fe de los hechos que constituyen el estado civil según la norma correspondiente. "Esos testimonios fidedignos serán no sólo las declaraciones de testigos, sino los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, en una palabra todos los antecedentes que forman el convencimiento del Juez sobre la existencia de una verdadera posesión de estado". (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, t. 4º, P. 105-106), tesis ésta aceptada ampliamente por la Corte, como resulta de las sentencias de junio 22 de 1960, T. XCII, 962 y ss. y abril 30 de 1970, aún no publicada en la Gaceta Judicial. (Casación Civil, 19 de abril de 1971).

154

FILIACION NATURAL

Posesión notoria del estado de hijo natural: factores que la configuran, su prueba.

En el caso de la posesión notoria del estado de hijo natural es indispensable, al tenor del citado artículo 6º de la Ley 45 de 1936 y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte, que se demuestre el tratamiento que el presunto padre ha dado a quien se dice hijo, y que tal tratamiento incluya la atención a la subsistencia, educación y establecimiento del mismo, sin que sea necesario que en caso del suministro de

fondos, éste se haya hecho "de un modo competente" como lo exige el artículo 397 del C. Civil para el caso de la posesión notoria del estado de hijo legítimo. (Cas. Civ. 10 de noviembre de 1960 CXIV, Pág. 65); es indispensable que por razones de trato y en cuanto esté plenamente demostrado en los autos, se acredite que los deudos y amigos del padre o el vecindario de su domicilio en general "lo hayan reputado como dicho padre"; y finalmente, que esa posesión notoria haya durado por lo menos diez años continuos (hoy reducidos a cinco según el artículo 9º de la Ley 75 de 1968).

Todos estos factores que según la ley configuran la posesión notoria de ese estado, deben ser concurrentes y requieren estar demostrados en forma plena y completa, sin que pueda quedar en el ánimo del juzgador el más leve asomo de duda, es decir, que hayan sido establecidos de un modo irrefragable.

La aludida concurrencia de factores no exige sin embargo que cada una de las pruebas que se aduzcan para demostrarlos tenga que versar a un mismo tiempo sobre el tratamiento, la fama y el nombre, ni tampoco que abarquen los diez años de duración mínima que exige el artículo 398 del C. Civil. Basta, como lo tiene dicho la Corte, que los testimonios sean de "diversidad acumulativa, convergentes a demostrar una situación dada... para encontrar el conjunto probatorio de que habla el citado artículo 377". Así, unas pruebas pueden acreditar la fama y otras distintas el tractus: si se trata de la testimonial, unos testigos pueden deponer sobre lo que percibieron durante un período determinado inferior a los diez años y otros sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, con tal que cada uno de estos períodos aparezcan demostrados con un conjunto de testimonios que, por no existir entre tales períodos, intermitencias o soluciones de continuidad, puedan ser ellos sumados para obtener el decenio indispensable". (Cas. Civ. 3 de julio de 1967, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

Por la naturaleza misma de los hechos que configuran la posesión notoria es lógico que la ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos la cual, sin embargo, no excluye en manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y por ende para constituir el conjunto de testimonios a que se refiere el artículo 399 del C. Civil; antes por el contrario, lo deseable es que la convicción del juez pueda formarse no sólo a través de la prueba testimonial que reúna los requisitos arriba indicados, sino también, por otros medios que sean corroborantes del dicho de los testigos; en esta forma, se logra el propósito del legislador, de que la posesión notoria del estado de hijo haya sido establecida de un modo irrefragable. (CXXXI, Pág. 114).

“El conjunto de testimonios fidedignos que menciona el artículo 397 del C. Civil para efectos de demostrar la posesión notoria, como queda dicho, no significa que la prueba de testigos sea la única admisible para ese efecto, porque testimonio es, según el Diccionario de la Lengua Española: “La atestación o aservación de una cosa. Instrumento autorizado por escribano o Notario en que se dé fe de un hecho. . . Prueba, justificación y comprobación de la certeza o verdad de una cosa. De esta suerte, se repite, son de recibo para probar el trato y la fama que configuran la posesión notoria, todos los elementos de convicción que autoriza la ley. Así, se reitera lo expuesto por la Corte en sentencia del 21 de febrero de 1964: de que “todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba de la posesión notoria”. (CVI. Pág. 142). (Causación Civil, 1º de abril de 1971).

155

FILIACION NATURAL

Soltería de la madre: no se requiere demostrarla.

Al demandante sólo incumbe afirmar en la demanda los hechos que al subsumirse

en el supuesto fáctico de la norma que tutela su derecho, lograría el efecto jurídico que en ella se consagra; y al demandado alegar los hechos constitutivos de sus excepciones, tanto extintivos como impeditivos.

Visto el texto del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, vigente cuando en este negocio se trabó la relación procesal, aparece de manera palmaria que para lograr el efecto jurídico que en ese precepto se consagra, o sea la declaración judicial de paternidad natural, sólo se exige la prueba de los siguientes hechos: a) que entre la madre y el presunto padre existieron relaciones sexuales; b) que tales relaciones fueron estables y notorias; y c) que el presunto hijo nació después de ciento ochenta días contados desde cuando comenzaron aquéllas, o dentro de los trescientos siguientes a aquél en que cesaron. Constituyendo estos tres hechos fundamentales el supuesto fáctico de la norma en que se ampara la pretensión del demandante que se acoge a la causal del ordinal 4º precitado para que se le declare hijo natural del demandado, si-guese que para alcanzar su propósito le basta a aquél alegar esos hechos en la demanda y probarlos oportunamente.

Puede, sin embargo, acontecer que no obstante hallarse plenamente acreditados esos hechos en el proceso, no haga el juez la declaración de paternidad natural si se demuestra que el hijo fue concebido por mujer casada, salvo que el marido lo hubiera desconocido y por sentencia ejecutoriada declarándose que no es hijo suyo (L. 45/35, Art. 3º); o que durante todo el tiempo que se presume la concepción, según el Art. 92 del C.C., estuvo el presunto padre en imposibilidad física de tener acceso a la mujer (Art. 4º. inc. final); o que dentro de ese término ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre (ibídem). Más como tales hechos revisten el carácter de excepciones por cuanto impiden la declaración judicial de paternidad natural, es al demandado y no al demandante a quien incumbe alegarlos y probarlos. De esta suerte, si en el proceso aparece debidamente acreditada la existencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, con las características de estabilidad, notoriedad y tem-

poralidad que exigía el ordinal 4º del Art. 4º de la ley 45 de 1936, el juez tendrá inexcusablemente que declarar la paternidad natural impetrada en el libelo, a menos que obre en el expediente la prueba de que la madre era casada al tiempo de la concepción del hijo, o de alguno de los otros hechos impositivos a que se hizo referencia.

No constituye, por tanto, presupuesto de la acción de filiación natural la alegación y prueba de la soltería de la madre al tiempo de la concepción del hijo, como lo sostiene el recurrente, no sólo porque no constituye supuesto de hecho de la norma en que se funda la pretensión del demandante, sino porque por tratarse de una afirmación indefinida o absoluta no es susceptible de prueba. Es a la otra parte a quien incumbe alegar y probar que la madre no era en ese entonces soltera, aportando la prueba de que era casada. (Casación Civil, julio 15 de 1971).

156

FILIACION NATURAL

Declaración de renta como prueba.

Atinente a la censura que le imputa al Tribunal error de derecho respecto de la confesión contenida en las declaraciones de renta del pretendido padre, se observa:

Que el documento privado sólo adquiere autenticidad cuando ha sido reconocido de acuerdo con la ley, puesto que con anterioridad al reconocimiento no existe certeza sobre la persona que lo suscribió, salvo que goce de la presunción legal de ser auténtica, como acontece, entre otros, con los instrumentos negociables.

Que un documento privado se tiene como auténtico no sólo cuando el interesado lo reconoce expresamente bajo juramento, sino en varias otras hipótesis, de las cuales interesa destacar la del Art. 645 del C. J., según el cual "un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso para que la parte que los presenta pruebe su autenticidad".

Que el Tribunal consideró auténticas las declaraciones de renta presentadas por la parte demandante, no sólo en virtud que obraron en el proceso con conocimiento de los herederos del presunto padre, quien aparece suscribiéndolas, sin que hubieran sido objetadas, sino porque parcialmente se estableció que la firma que en ellas aparece fue puesta por el pretendido padre.

Que la Corte ha rechazado la tesis que pretende restarle el valor de confesión inequívoca de paternidad a la contenida en las declaraciones de renta, con fundamento en que la finalidad de tales documentos es exclusivamente fiscal, porque "se olvida lamentablemente que para tal efecto (acreditar la filiación) la ley otorga mérito a una simple carta o a 'otro escrito cualquiera', y para la Corte aquellas declaraciones formales y de indiscutible seriedad e importancia son algo más que un escrito cualquiera"; y porque "si para tener a una persona como hija natural de un pretense padre, basta, sin necesidad de juicio, que aquél la haya reconocido por manifestación ante un Juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que la contiene (Art. 2º de la ley 45), es imposible e inexplicable... que se le desconozca su mérito a las referidas declaraciones, no verbales sino escritas, presentadas a la Administración de Hacienda, en presencia del texto tan comprensivo y amplio del numeral 3º Art. 4º, de la ley 45 de 1936, no para dar por establecida la filiación, sin discutirla, sino para declararla judicialmente, previo el amplio debate del juicio ordinario". (G. J. Nº 2165, 210). (Casación Civil, julio 15 de 1971).

157

FILIACION NATURAL

Notoriedad en punto a posesión de estado.

Esta censura es equivocada en cuanto al error que podría constituir, pues siendo la notoriedad una cuestión fáctica, no podía basarse la impugnación en error de derecho. A pesar de esta defectuosa formulación, la Corte observa, como ya lo había expresado en casación de 22 de octubre de 1963,

aún no publicada, que el elemento notoriedad, en tratándose de la posesión de estado, "no es un valor absoluto" de tal manera que hechos uniforme y repetidamente realizados ante distinta persona cada vez, o ante un conjunto más o menos reducido de ellas, no tuvieran la condición de notoriedad, simplemente por no haber sido ejecutados frente a una gran concurrencia de personas o de tal manera que ese suceso no hubiera quedado oculto a nadie. No busca la ley que los actos exteriores que demuestran el trato paternal tengan que ser realizados siempre y en cada caso ante un conjunto de personas, de tal manera que si los mismos actos se realizaren, pero en forma separada y sólo ante cada uno de las que forman aquel conjunto, no sirvieran para concluir que el trato es notorio. Por tanto, la notoriedad no se opone a que ella haya resultado de hechos privados repetidos ante distintas personas y de tal manera que no haya incertidumbre sobre su expresión. El trato no requiere ser tumultuario, basta ser privado, aunque no secreto. Cuando el legislador en el Art. 6º de la ley 45 de 1936 habla de que además, para la posesión de estado, los deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general deben haber reputado, a quien la invoca, como hijo de dicho padre o madre, a virtud del tratamiento de cualquiera de éstos, no está diciendo que si el progenitor, de alguna manera oculta a su cónyuge este trato, no se configura la mentada posesión notoria, ni está expresando que tal causal de declaración de paternidad natural no pueda prosperar cuando uno solo de los parientes o de los amigos, o de quienes compone el vecindario, no se da cuenta de ese tratamiento, ya por que intencionalmente se le hayan ocultado los hechos en que consiste o que por cualquier otra circunstancia no los ha presenciado. (Casación Civil, julio 21 de 1971).

158

FILIACIÓN NATURAL

Prueba de la calidad de heredero.- La copia auténtica de un auto dictado en un juicio de sucesión, necesariamente conlleva la prueba del fallecimiento del causante respectivo.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que para establecer el carácter de heredero que una persona tiene respecto de otra, además de las correspondientes actas del estado civil, que son las pruebas principales y de las supletorias que admite la Ley, es también prueba adecuada "la copia del correspondiente reconocimiento de heredero en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil" (Cas. Civ. 27 de noviembre de 1932, Nº 1.892. Pág. 31; Cas. Civ. 22 de febrero de 1952, LXXXI, Págs. 210 y 211; Cas. Civ. 19 de agosto de 1964, LXXVIII, Pág. 2145; en el mismo sentido LXXVIII, Pág. 924; LXXXIX, Pág. 538). "...La calidad de sucesor a título universal, no sólo se prueba con las partidas del estado civil, sino también con la providencia judicial de reconocimiento de heredero y esta providencia hace parte del proceso. Esta doctrina la tiene consagrada, reiterada e invariablemente la jurisprudencia del país". (Casación Civil, marzo 12 de 1941, L. Pág. 746).

El fundamento de esta repetida doctrina de la Corte "radica en que el auto mencionado hace presumir que, para dictarlo, el Juez de la mortuoria debió tener presentes las correspondientes partidas del estado civil o por lo menos una de las pruebas admitidas por la Ley para suplirlas". (Cas. Civ. 20 de febrero de 1969, CXXIX. Pág. 41). La copia auténtica de un auto dictado en un juicio de sucesión, necesariamente conlleva la prueba del fallecimiento del causante respectivo, ya que dicho juicio no habría podido iniciarse si al Juez no se le hubiese presentado ese elemento de convicción". Las normas de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 que el recurrente considera que fueron violadas en el presente caso, es de suponer que fueron tenidas en cuenta por el Juez que conoce del juicio de sucesión mientras no se demuestre lo contrario. De esta suerte, la existencia de dicho juicio, legal y oportunamente acreditada, demuestra también en forma plena la muerte del causante respectivo, sin que sea menester acreditar de nuevo la defunción. (Casación Civil, agosto 5 de 1971).

159

FILIACION NATURAL

Caducidad de la acción.

Establece, ciertamente, el artículo 10 de la ley 75 de 1968 que muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge, y que en tal caso la sentencia que la declara "no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción". Mas como la citada Ley fue sancionada el 30 de diciembre de ese año y publicada en el Diario Oficial del día 31, no puede aplicarse a los procesos iniciados bajo el imperio de la Ley 45 de 1936 que no señalaba plazo alguno para el ejercicio de la acción de filiación natural, máxime cuando, como acontece en el caso sub lite, el auto admisorio de la demanda había sido notificado a los demandados con antelación a la vigencia del nuevo estatuto.

Si la Ley 45 de 1936 no señalaba término de caducidad para el ejercicio de dicha acción después de muerto el presunto padre natural, y si las acciones de declaración de estado son imprescriptibles, síguese que el pretendido hijo podía instaurar en cualquier época su demanda de filiación natural, y que al hacerlo quedaba colocado en una situación jurídica concreta que la ley posterior no puede desconocer. El Tribunal no podía hacer actuar en este proceso el artículo 10 de la Ley 75 precitada, pues ello hubiera equivalido a darle efecto retroactivo, y, en consecuencia, mal pudo infringirlo por falta de aplicación. Y tampoco quebrantó el 25 de la Ley 153 de 1887 según el cual "los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima", puesto que ningún derecho le reconoció al pretendido hijo natural desde luego que el fallo fue inhibitorio. (Casación Civil, 23 de agosto de 1971).

160

FILIACION NATURAL

Reformas introducidas por la Ley 75 de 1968

Estatuye el artículo 50 de la Constitución Nacional que "las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes", previsión esta que se justifica ampliamente a la luz de las necesidades que impone cada época y frente a las exigencias de la vida social.

Es pues atribución del Legislador regular "lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes", sin más limitaciones que las que la misma Carta Política señala para respetar la inmutabilidad de los derechos adquiridos.

Si, como lo tiene dicho la doctrina, el estado civil es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles debe aceptarse que una de las fuentes principales de donde dimanar las diferentes calidades que integran dicho estado es el nacimiento. A virtud de él y según que provenga de una unión matrimonial o extramatrimonial el nacido será hijo legítimo o ilegítimo, sin que esta calidad dependa de la voluntad del hijo o de la de sus padres: es la ley la que impone esta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros.

En ejercicio de la atribución constitucional referida y respondiendo a los requerimientos sociales de la época, el legislador colombiano, orientado por el criterio de la existencia de una familia natural que debía ser mejor protegida por el ordenamiento jurídico, dictó la Ley 75 de 1968, uno de cuyos principales objetivos fue tutelar más eficazmente los derechos de los hijos naturales, sobre todo en lo relativo a la acción de investigación de la paternidad.

Consta en suma dicho estatuto de tres capítulos: el primero, mediante el cual se reforman disposiciones del Código Civil, de la Ley 45 de 1936 sobre hijos naturales y de la Ley 83 de 1946 sobre menores, contiene normas sobre filiación, investigación de la

paternidad y efectos del estado civil; el segundo, que adiciona los códigos penal y de procedimiento penal en lo atinente a las sanciones para el incumplimiento de las obligaciones de familia; y el tercero, que crea y organiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Dentro de las reformas que la Ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la Ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que las estructuran.

Haciendo un rápido cotejo de estos dos estatutos, en torno a la investigación judicial de la paternidad natural, puede notarse:

a) La Ley 75 consagró expresamente como presunciones legales de paternidad natural los hechos contemplados en los seis numerales de su artículo 6º, al paso que la Ley 45 no lo hacía de esta manera;

b) Conservó intactos los casos 1º y 3º establecidos por la Ley 45 para la declaración de paternidad, esto es, los referentes al rapto o violación y a la existencia de carta u otro escrito del pretendido padre;

c) La nueva ley, siguiendo en este aspecto la reforma francesa de julio de 1955, suprimió, para hacer la declaración de paternidad con base en la seducción, la exigencia del principio de prueba que emane del presunto padre "y que haga verosímil esa seducción" contenida en la Ley 45, pues la causal se hizo prácticamente nugatoria ante la imposibilidad de cumplir dicha exigencia;

d) El legislador de 1968 suprimió los requisitos de "estables y notorias" que para las relaciones sexuales determinantes de paternidad natural requería la Ley 45; y, ade-

más, al considerar que son casi imposibles de probar por percepción directa, estableció que dichas relaciones pueden inferirse "del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad";

e) El tiempo de duración de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo, como causal para declarar judicialmente la paternidad, lo redujo la nueva ley de 10 a 5 años, "sin afectar la relación jurídico-procesal en los juicios en curso";

f) Consagró como causal nueva el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, "demostrado con hechos fidedignos, si fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad";

g) Por su artículo 7º dicho estatuto consagró para los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, como nuevo medio de prueba, la peritación "antropo-heredo-biológica", practicable a instancia de parte o de oficio por el juez; elevó a la categoría de indicio la renuencia de los interesados a la práctica de exámenes médicos; e invistió al juzgador de facultades inquisitivas; y,

h) Mediante su artículo 10 la Ley 75 consagró, como plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, el término de dos años, contado a partir de la fecha de la muerte del presunto padre.

Por todo esto se advierte pues que la Ley 75 de 1968 tiende a proteger los derechos de los hijos naturales, colocándolos en principio en situación mucho más ventajosa que la que les ofrecía la Ley 45 de 1936, sobre todo en lo tocante con la posibilidad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener, mediante sentencia, el reconocimiento de su estado civil cuando el padre no quiere hacerlo voluntariamente. (Casación Civil, noviembre 2 de 1971).

161

FRUTOS

Pago de frutos por el poseedor de buena fe.

La Corte considera para efectos del Art. 966 del C.C., que cuando el Juez de la primera instancia se refiere a "iniciación del juicio" y su superior a "presentación de la demanda", en realidad se trata de un mismo acto procedimental: la formación del vínculo jurídico-procesal, fenómeno que tiene lugar con la notificación del auto admisorio de la demanda.

Promover e iniciar un juicio de carácter contencioso no es sólo redactar el libelo, sino presentarlo al Juez competente, obtener de éste que lo acepte por el aspecto formal y comunicar lo anterior a la contraparte mediante debida notificación.

Presentar una demanda tampoco es limitarse a redactarla y entregarla a un funcionario subalterno del respectivo Despacho Jurisdiccional. Es necesario además que la demanda reúna precisas condiciones de forma para su aceptación procesal, que así lo considere y declare el Juez al dictar auto admitiéndola, y que de todo ello se dé conocimiento al demandado notificándole en legal forma y corriéndole el traslado respectivo.

Conclúyese que "iniciar el juicio" y "presentar la demanda" son expresiones similares y de igual alcance para determinar, de conformidad con los Arts. 964 y 966 del C. Civil, la fecha en que se inicia el cómputo de frutos, para efectos de su pago al reivindicador triunfante, por parte del poseedor vencido de buena fe.

Se reitera y amplía la anterior doctrina de la Corte relativa a que cuando los Arts. 964 y 966 del C.C. hablan de "contestación de la demanda" no se refieren al hecho material de la respuesta de la misma, respuesta que inclusive puede llegar a no existir, "sino al fenómeno de la *litis contestatio*, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda". (LXXVII. Pág. 772, junio 3 de 1954). (Casación Civil, 1º de julio de 1971).

162

Funciones de los médicos del Ministerio del Trabajo.

La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del Trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración de carácter técnico, así; una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente.

a) **Función arbitral.** De la normación legal que la regula resulta: que la diferencia entre las partes (calificación de incapacidades provenientes de accidente de trabajo o enfermedad profesional) y la persona del árbitro (la Medicina Industrial) son cuestiones reglamentadas por la ley. El arbitraje no puede versar sobre punto distinto, aún mediando convenio de las partes. Para llegar al arbitraje se requiere: 1) Que los interesados convengan ante el Inspector del Trabajo en someter la diferencia ya anotada al dictamen de la Medicina Industrial; y 2) Que, además, se obliguen a acatarlo. Lo expuesto deja ver la diferencia entre el compromiso propiamente dicho y el que se examina. Aquél versa sobre cuestión jurídica y el de la Medicina Industrial sobre una de orden técnico. En el primero el árbitro lo nombran las partes e igualmente fijan ellas la materia litigiosa, y su decisión está sometida a recurso de homologación. En el segundo la cuestión por definir y la designación del árbitro son hechos del resorte de la ley, y el dictamen, una vez en firme, no está sujeto a ningún recurso. La circunstancia de que los intereses, al pactar el compromiso, se obliguen a aceptarlo, sustrae el dictamen de todo medio de impugnación, ante la sentencia ordinaria.

b) El fallo arbitral emanado del compromiso o de la cláusula compromisoria tiene un valor equivalente al pronunciamiento judicial de mérito, produce la cosa juzgada material y si es de condena la acción decidida, su cumplimiento puede exigirse ejecutivamente. El dictamen de la medicina industrial no reconoce derechos ni declara obligaciones. Constata hechos de relevancia

jurídica y es apto para que con base en él las partes apliquen espontáneamente la norma legal pertinente. En caso de desacuerdo, el juicio jurídico corresponde a la justicia del trabajo, si para ello es requerida; c) El dictamen de la Medicina Industrial en calidad de árbitro debe limitarse a calificar las incapacidades, no tiene facultad para determinar las correspondientes indemnizaciones. La actividad al respecto es fenómeno de aplicación de la ley, excluida de la competencia del árbitro. Por tanto, si como ocurre en la práctica el dictamen gradúa las indemnizaciones, en este punto, dentro del proceso, no es obligatorio para el Juez; d) El dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes y en su caso para el Juez, si emana de la división nacional, sin otro requisito que el de su notificación a los interesados. Tiene el mismo alcance cuando proviene del Médico Seccional o del Médico Legista, una vez resuelto el recurso de reposición y en su caso el de apelación, que le corresponde decidir a la nombrada División, o transcurrido el término legal sin haberse utilizado ninguno de esos dos medios de impugnación; e) Para estimar en juicio el dictamen del árbitro debe llevarse en copia con la constancia de su notificación. Si el concepto emana del Médico Seccional o del Legista la copia debe ser complementada con la de las providencias decisorias de los recursos interpuestos, y si éstos no se hicieron valer, con el testimonio de que el dictamen se notificó a las partes y transcurrió el término de que disponen para impugnarlo sin haberse interpuesto recurso alguno.

Función Pericial.- Puede cumplirse ante el Inspector del Trabajo o ante la justicia laboral y versar sobre cualquier punto de la medicina del trabajo, incluso el de calificación de incapacidades por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Al respecto cabe hacer estas consideraciones: 1º. Si la pericia se rinde ante el Inspector admite la reposición si proviene de la División Nacional, y reposición y apelación subsidiaria si emana del Médico Seccional o del Legista. No es aquélla de obligatoria aceptación para las partes ni para el Juez si se deduce como prueba en juicio. En éste el Juez la aprecia libremente y le da el valor

que a bien tenga, según las reglas de la sana crítica. 2º. Si el dictamen se produce en juicio, tampoco es de obligatoria aceptación para los litigantes ni vincula al Juez. Para su estimación se requiere la observancia del mecanismo procesal correspondiente, es decir, de la pericia debe darse traslado a las partes por el término legal para que puedan solicitar que se aclare, explique o amplíe, o formular objeciones contra ella, como lo previenen los artículos 719 y 720 del C. J., aplicables al proceso laboral. Como en el caso anterior, el Juez aprecia el dictamen con libertad y fija el mérito probatorio que ofrezca, según su convencimiento". (Gaceta Judicial N° 2.240, Tomo XCV, páginas 1.074 y 1.075. (Sala de Casación Laboral, julio 7 de 1971).

163

Gastos necesarios para el cumplimiento de la gestión.

La Corte, por providencia de 22 de febrero de 1971, reformó la sentencia de primer grado en el juicio de Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán contra la Sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda.". (Véase sentencia de 3 de julio de 1970. (Sala de Casación Laboral, febrero 22 de 1971).

164

GIRO DE CHEQUES

Es competente el Juez del lugar donde se emitió el instrumento.

El Decreto 1135 de 1970 dice, en su artículo 1º que "incurrirá en prisión de uno a tres años, quien emita o a sabiendas transfiera a cualquier título, cheque que el girado no pague por una de las siguientes causas. 1. Falta o insuficiencia de fondos...".

Esta es una disposición penal que contiene dos conductas alternativas con diversos resultados, cada uno de los cuales consume el delito. Esas conductas están descritas por los verbos "emitir" o "transferir" referidas al instrumento negociable denominado cheque, que constituye el objeto material del delito y, según algunos, su objeto jurídico.

La primera de esas conductas, que es la que interesa en el caso presente, consiste en emitir un cheque, o sea en que una persona denominada girador, entrega a otra, ordinariamente el beneficiario, un instrumento negociable con todas las características formales y esenciales de un cheque.

En sentencia de Sala Plena, fechada a 9 de marzo del año en curso, la Corte fijó los elementos fundamentales del cheque, diciendo que este instrumento debe reunir los siguientes "requisitos mínimos": a) que se trate de una orden incondicional de pagar; b) que conste por escrito; c) que sea hecho por una persona a favor de sí misma, o de otra, o de ésta o a su orden o al portador; d) que esté firmado por el girador; e) que el objeto de la orden de pago sea una cantidad cierta de dinero".

En esa misma providencia la Corte observa que no son requisitos esenciales del cheque ni la fecha ni la provisión de fondos, pero esto último sólo desde el punto de vista comercial pues que por el aspecto penal "es incuestionable que el girador debe tener depósito suficiente al momento de la presentación para el pago".

Por lo que hace al lugar de la emisión, puede decirse que no es esencial aunque sí conveniente para los fines comerciales, que conste en el cheque, pero que sí es fundamental, a efecto de determinar la competencia, para lo relativo al campo penal y si no aparece tal mención en el instrumento mismo, debe establecerse por cualesquiera medios de prueba.

Ese lugar no puede ser otro que aquél en que se entrega el cheque, es decir, en que se da a la circulación.

Y lo es, con mayor razón, a los fines penales porque es en ese momento cuando se ponen en peligro la circulación del instrumento, su carácter de medio de pago y los intereses patrimoniales de los particulares que sean o lleguen a ser beneficiarios o tenedores del mismo.

La redacción de la norma que se viene examinando contiene dos verbos, núcleo de la disposición, que son "emitir" o sea escribir el cheque, consignando todos los elementos de que se ha hecho mención, y entregarlo a otra persona, y "transferir" el instrumento.

Es verdad que la disposición mencionada, agrega otra expresión: "cheque que el girado no pague". Y hace luego la enumeración de las causas de no pago, entre las cuales se cuenta, en primer término, la de "falta o insuficiencia de fondos".

Pudiera pensarse, en vista de la forma como está redactado el artículo, que el delito en cuestión sólo se perfecciona en el lugar de presentación del instrumento y cuando éste no es pagado por cualquiera de las causas que indica la norma. Sin embargo, la Corte considera que el ilícito de emisión o transferencia de cheques sin provisión de fondos, se comete en el lugar en que se gira o transfiere el instrumento y que el no pago, es sólo un elemento secundario del tipo, una de las llamadas "condiciones constitutivas del hecho".

De los verbos usados en la disposición que se viene comentando los primordiales son "emitir" o "transferir" y de acuerdo con ellos hay que señalar el lugar en donde se cometió el hecho porque caracterizan la acción delictuosa. Por lo tanto la competencia territorial corresponde al juez en cuya jurisdicción se entregó o transfirió el cheque. (Sala Penal, 19 de junio de 1971).

165

GIRO DE CHEQUES

La competencia radica en el Juez Penal del Circuito, cualquiera que sea su cuantía.

Por lo que hace a la naturaleza del delito, que es el otro elemento necesario para fijar, en este caso, la competencia, se tiene que el giro de cheques sin provisión de fondos, etc., es un ilícito innominado, de carácter especial.

En otras legislaciones se le considera como una estafa o como una defraudación, pero en la nuestra no se le ha dado calificación jurídica.

En efecto, aun cuando la norma que se viene mencionando no contenga la expresión que consignaba la Ley 8ª de 1925 (artículo 3º) de que, en los casos en que no constituye estafa, se sancionaría de la manera allí dispuesta el giro de cheques sin provisión de fondos o sin autorización del girado, ni apareciera, tampoco, esa expresión, en el Decreto 1669 de 1964 (artículo 16) la doctrina ha sostenido, de manera constante, que las dos hipótesis (giro de cheques sin provisión de fondos y estafa) se excluyen porque en el giro de cheques, si bien puede haber un engaño, éste viene con posterioridad a la percepción del lucro, es decir, no hay una relación de causa a efecto entre el giro del cheque y la ganancia ilícita que, se repite, es anterior a esa conducta.

En cambio, cuando el cheque sin fondos es un medio de engaño o un artificio para obtener un provecho ilícito con daño ajeno, se tiene el delito de estafa, en consecuencia, se repite, ambas hipótesis se excluyen.

Tampoco se trata de una falsedad documental porque el cheque sin fondos es un documento auténtico, que no contiene una falsedad porque aun cuando se exige, a los efectos penales, provisión de fondos, al tiempo de la presentación para el cobro el dar a un banco una orden de pagar una determinada suma de dinero no es una alteración de la verdad porque no se afirma en el documento la existencia de los fondos para el pago.

Pero no puede negarse que el giro del cheque en las condiciones que enumera el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, lesiona la confianza que la sociedad tiene en estos documentos a los que considera, como dice la Corte, medios de pago. La misma lesión, si bien en un ámbito más reducido, que se causa a la fe pública con la falsificación de moneda.

También puede afirmarse que hay un daño al patrimonio, pues el beneficiario de un cheque que no puede cobrarlo por falta de fondos, etc., ve vulnerado ese derecho, razón que ha llevado a otras legislaciones a clasificar este ilícito entre los que lesionan la propiedad.

Quiere lo anterior decir que se trata de un delito pluriofensivo porque afecta varios bienes jurídicos pero no se encuentra clasificado entre las denominaciones del Código Penal, es decir, se trata de un ilícito, como atrás se dijo, innominado, especial, "sui generis".

La competencia para su conocimiento se atribuyó, por el artículo 4º del Decreto 1135 de 1970 a los jueces penales o promiscuos municipales o del circuito, según la cuantía. Pero esa disposición fue, junto con otras del mismo decreto, declarada inexecutable por sentencia de la Corte fechada el 9 de marzo del año en curso.

No se ha dictado, con posterioridad a esa fecha, norma legal que fije de nuevo, de manera específica, la competencia para el conocimiento de esos ilícitos, lo que quiere decir que hay que estar a lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 16 de 1968 que dice: "Los jueces del circuito en lo penal conocen: 1. De la primera instancia en las causas por infracciones penales, cuyo conocimiento no esté atribuido a otra autoridad".

O sea, en conclusión, que el conocimiento del delito especial innominado de giro de cheques en las circunstancias que menciona el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, corresponde al Juez Penal o Promiscuo del Circuito del lugar en que se emitió o transfirió. (Sala Penal, 19 de junio de 1971).

166

HEREDERO

Se requiere la aceptación de la herencia para adquirir la calidad de heredero.

Conforme a lo estatuido por los artículos 1012 y 1013 del C. Civil el asignatario de una sucesión adquiere su derecho des-

de que la asignación se difiere; esto es, desde el momento de la muerte del causante si la asignación es pura y simple, o desde el cumplimiento de la condición si es condicional.

Mas si todo asignatario tiene opción para aceptar la asignación que le es deferida, o para repudiarla (artículo 1282); y si los efectos de la aceptación o de la repudiación de una herencia "se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida", según lo estatuye el artículo 1296 *ibídem*, debe aceptarse que la delación de la herencia, que es el llamamiento que la ley hace a una persona para ejercer frente a ella el derecho de opción, no es por sí sola suficiente para adquirir la calidad de heredero: depende del asignatario confirmarla definitivamente por un acto de su propia voluntad, aceptando la asignación; o rechazarla para siempre, repudiándola.

Es por ello por lo que la doctrina de la Corte ha dicho constante y repetidamente que la calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación. La primera surge de los vínculos de sangre que ligan a la persona con el causante, si se trata de sucesión intestada, o de las disposiciones del testador, si de sucesión testada. La segunda es la clara e inequívoca manifestación de la voluntad del asignatario de recoger la herencia, que puede ser expresa o tácita, según que se tome el título de heredero o que se ejecute "un acto que supone necesariamente su intención de aceptar". (Sentencias de 3 de junio de 1959, G.J. Nos. 2211 y 2212, Págs. 606; abril 13 de 1959, N° 2210, Pág. 308; junio 3 de 1960, Nos. 2225 y 2226, Págs. 915 y 916).

Si la aceptación tácita de la herencia, según nuestro derecho positivo, resulta indirectamente de ciertos actos jurídicos o materiales ejecutados por el asignatario, y que implican por su parte la voluntad de conducirse como heredero, no puede sostenerse que tal forma de aceptación se da cuando a una persona se le notifica en esa calidad presunta el auto admisorio de la demanda, sin objeción alguna de su parte, porque dicho acto procesal no implica ge-

neralmente una conducta libre del notificado ni, por ende, puede inferirse de él clara e inequívocamente una evidente voluntad de aceptar la herencia. Es preciso recordar que los principios legales que entre nosotros gobiernan la aceptación de la herencia se edifican sobre el concepto de que nadie puede ser heredero contra su voluntad.

De que, por implicar tal aserto la afirmación de un hecho negativo, el demandante no está obligado a demostrar la inexistencia de otros herederos concurrentes o de mejor derecho que el demandado, no puede seguirse que también se encuentra relevado del deber de acreditar plena e idóneamente la calidad que atribuye a éste. Sólo en presencia de esta demostración podrá deducirse judicialmente la responsabilidad civil que de él se reclama en tal carácter. (Casación Civil, 14 de junio de 1971).

167

HEREDERO TESTAMENTARIO

Prueba de su personería.

Cuando el heredero es testamentario y actúa en el juicio como demandante, no se requiere que pruebe determinado parentesco con el causante, puesto que su vocación se deriva de la institución que como asignatario a título universal le hace el testador. Es suficiente, pues, que aduzca el testamento. (Casación Civil, 11 de enero de 1971).

168

HOMICIDIO CONCAUSAL

Definición. Elementos que componen esta figura delictiva.

Son muchas las definiciones elaboradas para expresar el concepto de concausa. En general, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia jurídico-penales entienden por concausa el hecho o circunstancia preexistente, concurrente o sobreviniente que, sin pertenecer a la acción, contribuye a produ-

cir el resultado, o sea la muerte del ofendido. De allí que el fenómeno de la muerte, en el homicidio concausal, no surja como consecuencia exclusiva de los actos ejecutados por el agente, ya que además de éstos necesariamente ha intervenido un factor extraño a la conducta homicida. Al ocuparse del tema, los tratadistas recuerdan que, dentro del campo teórico, se suele clasificar las concausas en *antecedentes* o *preexistentes* (especiales circunstancias o estados patológicos o fisiológicos existentes en el sujeto pasivo en el momento de la acción criminosa, como las lesiones cardíacas, la hemofilia, la diabetes); *concurrentes* o *concomitantes* (condiciones coetáneas con el obrar del sujeto activo; tétanos proveniente de los gérmenes que se hallaban en la ropa del herido, conmoción producida por la fuga precipitada del lesionado); *subsiguientes* o *supervinientes* (situaciones que se presentan con posterioridad a la lesión, ajenas a la voluntad del agente y dependientes de la actividad de la víctima, de terceros o de circunstancias ocasionales o fortuitas, v. gr., la infección provocada por imprudencia de la víctima o de sus parientes o allegados, negligencia o impericia de los médicos).

Desde luego, el régimen legal de las concausas difiere de una legislación a otra. En algunos países las normas positivas admiten las distintas clases de concausas. En otros códigos, como el italiano, éstas carecen de significación jurídica y, consecuentemente, no rompen el vínculo causal ni constituyen atenuante alguno del homicidio. Tampoco en el Código Penal Colombiano de 1890 se contempló el homicidio concausal. En cambio, el artículo 366 del estatuto vigente lo consagra en los siguientes términos: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuida hasta en la tercera parte". De donde resulta claro que en la ley colombiana sólo tienen relevancia las concausas subsiguientes que dependen de la actividad de la víctima o de un tercero. Vale decir, que las antecedentes y con-

mitantes no alteran el nexo causal ni modifican la figura del delito ni la responsabilidad de su autor.

La figura descrita en la disposición copiada comporta los siguientes elementos estructurales: a) Propósito de matar; b) Muerte del ofendido; c) Imperfecta relación de causalidad entre la acción criminosa y el deceso de la víctima. El dolo específico, caracterizado por la intención homicida, es elemento común el homicidio simple y diferenciador del homicidio ultraintencional, en el que, como se recordará, existe una desproporción entre el resultado querido y el que realmente se produce. La muerte del ofendido constituye, de otro lado, la nota distintiva entre el homicidio concausal, infracción de resultado cierto, y la tentativa. Respecto del tercer elemento importa reiterar que en el homicidio concausal la muerte no se produce como resultado exclusivo de la lesión ocasionada por el agente, sino por ésta y el concurso de un hecho posterior dependiente de la conducta activa u omisiva de la víctima o de terceros. De lo cual se desprende que no procedería jurídicamente hablar de concausa en aquellos casos en que el fallecimiento no lo determina la convergencia de los dos factores examinados, sino una causa absolutamente inconexa con la lesión original, como la del herido que, en proceso de curación, perezca en un accidente de tránsito, o sufra un infarto del miocardio. (Casación Penal, febrero 15 de 1971).

169

Homicidio preterintencional. (Motivos de agravación).

El hecho de que el jurado niegue el propósito de matar, respecto de un cuestionario que contenga circunstancias calificantes de agravación de las señaladas en el artículo 363 del C. P., como sucedió en el asunto sub-judice, no implica, como equivocadamente opina el demandante, que se desconozca la existencia de las mismas, y si es verdad que para la aplicación de la sanción correspondiente al homicidio preterintencional no puede tomar el juez co-

mo base la establecida para el asesinato, porque el artículo 365 remite únicamente a la sanción prevista en el artículo 362 omitiendo inexplicablemente remitir también el artículo 363, ya que los motivos que agravan el homicidio de propósito y las lesiones personales intencionales pueden presentarse con idéntica razón en el homicidio preterintencional, que ocupa lugar intermedio entre aquellas dos infracciones, también es cierto que cuando tales circunstancias se presentan en ese tipo degradado de homicidio el juez debe considerarlas para medir la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente, observando lo dispuesto en el artículo 36, para adecuar la sanción al culpable, como se hizo en el caso a examen.

Consiguientemente, la segunda glosa hecha por el actor a la sentencia, por haberse tenido en cuenta en ella como motivo de gravedad del delito y de peligrosidad del agente la indefensión en que colocó a la víctima por la insidia o alevosía del ataque, carece de fundamento jurídico. (Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

170

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 23 de enero de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre la Electricadora de Bolívar, S. A. y el Sindicato de sus trabajadores. (Sala de Casación Laboral, enero 23 de 1971).

171

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia del 27 de abril de 1971, declara INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas. (Sala de Casación Laboral, abril 27 de 1971).

172

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 10 de mayo de 1971, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre el "Hospital Centro de Salud 'San Rafael'" de Barrancabermeja y su Sindicato de Trabajadores. (Sala de Casación Laboral, mayo 10 de 1971).

173

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 22 de junio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir los puntos de desacuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales. (Sala de Casación Laboral, junio 22 de 1971).

174

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 15 de julio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el numeral noveno de la parte resolutive del laudo arbitral proferido el 13 de abril de 1971, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo laboral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. HOMOLOGA en lo restante el mencionado laudo. (Sala de Casación Laboral, julio 15 de 1971).

175

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 18 de agosto de 1971, declaró INEXEQUIBLE el punto 2º del laudo dictado por el Tribunal de Ar-

bitramiento convocado para decidir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurización Ltda. San Luis, en lo referente a la sobrerremuneración para choferes y otros y **EXEQUIBLE** en lo restante y lo **HOMOLOGA** en todo lo demás. (Sala de Casación Laboral, agosto 18 de 1971).

176

HOMOLOGACION

Hasta dónde se extienden las facultades del sindicato gremial minoritario frente a uno de base mayoritario, en la negociación colectiva. La Corte, por providencia de 23 de septiembre de 1971, **DECLARA INEQUIBLE** el Laudo Arbitral proferido el 26 de enero de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación (ACMA) y la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada, S. A. (SAM). (Sala de Casación Laboral, septiembre 23 de 1971).

177

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 8 de octubre de 1971, declaró **INEQUIBLE** el Laudo Arbitral pronunciado el 24 de julio de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo (ACAV) a la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. (AVIANCA). (Sala de Casación Laboral, octubre 8 de 1971).

178

HOMOLOGACION

No compete al Tribunal determinar quiénes son empleados públicos o trabajadores oficiales.

La Corte por providencia de 14 de octubre de 1971, **ANULA** el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo existente

entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el Sindicato. (Sala de Casación Laboral, octubre 14 de 1971).

179

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 14 de diciembre de 1971, **HOMOLOGA** el laudo de fecha 30 de julio de 1971, proferido por el Tribunal de Arbitramento que puso fin al conflicto colectivo entre la Unión de Marineros Mercantes de Colombia (UNIMAR) y la Flota Mercante Grancolombiana, con excepción de sus ordenamientos 25 sobre servicio médico a los familiares del trabajador, 26 sobre subsidio familiar y 48 sobre permisos sindicales remunerados, que se declaran **NULOS**. (Sala de Casación Laboral, diciembre 14 de 1971).

180

IDENTIDAD DE EMPRESA

La empresa es fenómeno típico de la economía moderna y de la actual organización del trabajo.

Arguye, por otro aspecto, el casacionista, con base en la prueba documental que singulariza como dejada de apreciar, "que las dos sociedades mencionadas tuvieron plena independencia jurídica y sus socios fueron personas naturales perfectamente diferentes" y que "la sociedad Aserradero Barranquilla Ltda., continuó existiendo jurídicamente después de la constitución de Aserradero Covadonga Ltda., hasta el punto de que sólo se liquidó el 26 de diciembre de 1963. Pero estos dos argumentos no muestran error de hecho en la sentencia acusada, porque ha explicado la jurisprudencia que la empresa es fenómeno típico de la economía moderna y de la actual organización del trabajo, la que, "considerada desde un punto de vista subjetivo representa la actividad continuada de un empresario en su negocio, mas mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere de la persistencia de un solo dueño para que permanezca la misma, en cuanto

no varíen los objetivos de su actividad económica". (Véase sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1970 en el juicio de Moisés Ponce Lozano contra Compañía Frutera de Sevilla).

Desde otro punto de vista, tampoco es necesario que sea total el traspaso de los bienes de una persona a otra, si la adquirente continúa la actividad industrial o comercial que desarrollaba la tradente, que es el aserto del sentenciador con base en los testimonios arriba indicados. De esta manera, no existe el error de hecho sostenido por el impugnante cuando aduce como tal el que entre las dos sociedades de que se viene hablando "únicamente existió una vinculación contractual consistente en que la segunda compró parte de los activos de la primera, tales como los edificios y algunas maquinarias, con garantía hipotecaria sobre los mismos" y cuando afirma "que en ningún momento la segunda adquirió la totalidad de los activos de la primera, ni tampoco se hizo cargo de los pasivos de ésta". (Sala de Casación Laboral, septiembre 15 de 1971).

181

Identificación del sujeto pasivo del delito de homicidio, ordinal 5 del artículo 210 del C. P.P.

Con relación a esta causal de nulidad la Corte tiene dicho: "Lo que se debe buscar es que no aparezca como muerto, por ejemplo, quien en realidad está vivo". (Sentencia de 8 de octubre de 1946 y 9 de octubre de 1949). Lo que se requiere es la identidad física entre la víctima del delito de homicidio y aquélla por cuya muerte responde el procesado en juicio. De manera que no presentándose duda alguna sobre este particular, como en efecto no se presenta, no hay lugar a la causal de nulidad invocada para sustentar este cargo, por lo cual no prospera. (Casación Penal, 3 de noviembre de 1971).

182

ILEGITIMACION EN LA CAUSA

La legitimación en la causa, como últimamente lo ha sostenido la Corte, no es un presupuesto del proceso sino cuestión

atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción. En otros términos se dice que sólo está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa. (G. J., Nos. 2144, Págs. 67 y 119; 2272, Pág. 265; 2215/16, Págs. 455; 2280, Págs. 83, 113 y 130).

No alude pues el fenómeno a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la forma sino al fondo no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia.

Dada su naturaleza, la ilegitimación en la causa ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez, no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia de fondo, desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración. (Casación Civil, 22 de febrero de 1971).

183

IMPEDIMENTO

Amistad y parentesco.

En tratándose de la "amistad íntima" y habiendo dejado de ser el "amigo íntimo" del juez o magistrado el apoderado o defensor de una de las partes, como se plantea en el caso concreto ahora sometido a estudio, la apreciación del problema y, en consecuencia, su solución, habrán de ser distintas:

En efecto:

Lo que mueve a consagrar esta causal de inhibición es el interés directo y personal que el "amigo íntimo" del juez o magistrado pueda tener actualmente en ese determinado asunto judicial. Si ese interés de orden afectivo, económico o sentimental ha desaparecido en el "amigo íntimo" del funcionario por no ser ya parte en el juicio, la causal de impedimento también ha des-

aparecido. Porque no se puede concebir cómo un funcionario pueda tener un particular interés en un negocio, en atención a su amistad íntima con un apoderado o defensor que ya está despojado de su investidura como tal, y en consecuencia, es ajeno a las resultas concretas del proceso.

En estas condiciones ha desaparecido el vínculo de unión, el nexo de causalidad, que vendría a ligar, con esa clase de interés, al funcionario con las resultas del proceso. No puede, entonces, el funcionario, por sí y ante sí, hacer suyo un interés de un amigo que ya no lo tiene. Otra cosa perfectamente distinta es el interés de orden intelectual que pueda generar el suceso o insuceso de determinadas tesis jurídicas que hayan sido planteadas, pero en las cuales no se tiene ya un interés concreto actual de orden práctico. El abogado que ha dejado de ser apoderado o defensor en un proceso determinado, ya no se siente concretamente vinculado a él, a sus resultas prácticas, en cuanto hace relación a la persona a quien prestaba sus servicios profesionales. Sentar la tesis contraria vendría a consagrar, extra-ley, una causal de impedimento a la cual podría aferrarse cualquiera, pues es de presumir que en todo abogado litigante y en todo funcionario hay un interés, en el sentido de inquietud intelectual, por el resultado de cualquier tesis de orden jurídico que pudiera plantearse dentro de cualquier negocio.

De ahí que el verbo y su inflexión que rigen el ordinal 5º del artículo 73 del estatuto procesal penal por ser tan claro y expresivo, no admita ninguna interpretación: "Existir enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado".

Existir es "tener una cosa real y verdadera. Tener vida". (Diccionario de la Real Academia Española). Denota, pues, actualidad del sentimiento o asunto o fenómeno o circunstancia de que se trate. En el sentido del ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, cuando éste se refiere a la "amistad íntima" entre "alguna de las partes o su apoderado o defensor" y "el juez o magistrado", ello quiere decir que lo que debe tener existencia ac-

tual, que lo que debe tener vida real actualmente, es el nexo o relación de "amistad íntima" entre el funcionario y la parte o quien la represente actualmente, en el momento presente. De manera que si ese vínculo, si ese nexo de "amistad íntima" no puede estructurarse por ausencia de uno de los términos para establecer esa precisa relación, que es lo que constituye esta causal de inhibición, ella ha dejado de existir. Que es lo que ocurre en el caso que se viene contemplando: uno de los extremos necesarios, indispensables para establecer esa relación de "amistad íntima" ha dejado de tener vida en el proceso, por ausencia de la persona con quien podía y debía establecerse. Lo que lleva a la conclusión de que no puede aceptarse el impedimento manifestado. (Sala Penal, 17 de junio de 1971).

184

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Los manifestados por el Agente del Ministerio Público, corresponde calificarlos al Juez o Magistrado respectivo terminando con la actuación de éste o aquél el incidente.

La Corte ratifica hoy la doctrina inmediatamente anterior en cuanto concluye que no puede decidir nada respecto de lo fundado o infundado de un impedimento manifestado por un Fiscal de Tribunal Superior. En efecto:

El artículo 74 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"En el auto en que el Juez manifieste el impedimento, ordenará pasar el proceso al Juez o Magistrado a quien corresponda conocer del asunto. Si el Juez o Magistrado a quien se pase el expediente hallare fundado el impedimento, aprehenderá el conocimiento. Si lo considerare infundado, enviará el expediente al Juez o Magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado. Si el superior juzgare fundada la causal, remitirá el proceso al Juez que debe reemplazar al impedido; si la considerare infundada, devolverá el proceso al Juez que se había abstenido, para que siga conociendo de él".

Y el 79 de la misma obra, norma:

“Las causales de recusación enumeradas en el artículo 73, se refieren igualmente a los Agentes del Ministerio Público y a los Secretarios de los Juzgados y Tribunales. Estos pondrán en conocimiento del Magistrado o Juez correspondiente el impedimento que exista, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos.

“Del impedimento manifestado o de la recusación propuesta conocerá el Juez o Magistrado del proceso, quien, si hallare fundada la causal, declarará separado al Agente del Ministerio Público o Secretario impedido. Al mismo tiempo, nombrará un secretario ad-hoc para el asunto en que se ha reconocido el impedimento, si se tratare de este funcionario, o comunicará inmediatamente al Gobernador del Departamento la separación del Agente del Ministerio Público, para que nombre el interino que deba actuar en el proceso”.

Claramente se ve que en la segunda parte de la primera de las disposiciones que vienen de transcribirse, ordena que en tratándose de funcionarios del Órgano Jurisdiccional del Poder Público, si el impedimento se considera infundado, se envíe “el expediente al Juez o Magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado”. No ocurre lo mismo en el campo procedimental cuando el impedimento o la recusación se refieren “a los Agentes del Ministerio Público y a los Secretarios de los Juzgados y Tribunales”, ya que con relación a éstos el inciso 2º del artículo 79 transcrito lo único que dispone es que “del impedimento manifestado o de la recusación propuesta conocerá el Juez o Magistrado del proceso, quien, si hallare fundada la causal, declarará separado al Agente del Ministerio Público o Secretario impedido”, procediendo, según el caso, a nombrar Secretario ad-hoc o a comunicar “inmediatamente al Gobernador del Departamento la separación del Agente del Ministerio Público, en el proceso”, agotándose, ahí, la actuación. Debe advertirse la actual vigencia del artículo 4º del Decreto 1154 de 1954 que dispone: “Cuando un Fiscal estuviere impedido pa-

ra intervenir en un proceso, lo reemplazará el que le sigue en el orden numérico, si los Fiscales fueren varios”.

Sabido es que la “Competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República” (Código Civil, artículo 143) y que según repetida doctrina de esta Corporación “Hay un principio general según el cual las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquier atribución que las leyes no les han señalado expresamente”. (Autos, 31 de mayo de 1940, XLIX, 652; 21 de mayo de 1959, XC, 760)”.

Lo anterior significa que ninguna autoridad puede crearse su propia ni una determinada competencia, sino que ésta le tiene que venir, necesariamente, de la ley: es la ley quien la inviste de ella y sólo gracias a esta investidura, puede ejercerla en determinado negocio y para determinado asunto. (Sala Penal. Marzo 31 de 1971).

185

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Es causal de nulidad y no motivo para producir fallo inhibitorio.

“La incompetencia de jurisdicción” es una causal de nulidad de todos los juicios expresamente establecida por el ordinal 1º del artículo 448 del C. J. Por tanto, si el Tribunal consideró equivocadamente o no que el Juez que conoció del primer grado en este proceso era incompetente para el efecto, aquél ha debido, en vez de dictar fallo inhibitorio, darle cumplimiento al artículo 455 ibídem, o sea que ha debido poner en conocimiento de las partes el pretenso motivo de nulidad, lo que les hubiera permitido a éstas poner de presente el manifiesto error en que venía incurriendo dicho Tribunal.

Es elemental, como se desprende de las numerosas citas jurisprudenciales y doctrinarias que aduce el propio sentenciador, pero que deja de aplicar, que en presencia de una nulidad procesal inallanable o no allanada pudiendo serlo, dicha nulidad debe ser declarada para que la actuación procesal se retrotraiga hasta el momento de su ocurrencia, lo que está indicando obviamente que el juzgador que verifica la existencia de la misma no puede dictar fallo de ninguna clase, ni de mérito ni inhibitorio, porque éste también quedaría cobijado por la misma nulidad que afecta la actuación precedente. (Casación Civil, 23 de abril de 1971).

186

INCONGRUENCIA

No tiene cabida en fallo inhibitorio.

Reiteradamente lo tiene también declarado la Corte que el vicio in procedendo sancionado por la causal segunda de casación solamente se ofrece cuando el fallo impugnado decide sobre puntos ajenos a la litis contestación (*extra petita*), o cuando su pronunciamiento excede de los límites señalados por las partes a sus pretensiones (*ultra petita*), o cuando ignora dichas pretensiones en todo o en parte (*mínima petita*).

Es, pues, de elemental lógica que la causal en cuestión no tiene cabida cuando el sentenciador se inhibe de conocer del fondo del litigio, como cuando se lo impide deficiencia en punto de los presupuestos procesales.

En tal evento, si el sentenciador declara que no puede estimar las pretensiones de los litigantes, mal puede decirse que su fallo haya trascendido del ámbito de éstas, o que se haya excedido en el alcance de las mismas prefijado por los interesados, o que las haya ignorado total o parcialmente. (Sala Civil, 11 de febrero de 1971).

187

INCONGRUENCIA

Interés para alegarla.

Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa a un interés jurídico determinado, debe existir una estrecha armonía entre ella y las pretensiones o excepciones oportunamente deducidas por las partes, tal como lo preceptúa el Art. 471 del C. J. El fallo es incongruente, por tanto, cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia (*extra petita*); o cuando provee más allá de lo pedido (*ultra petita*); o cuando deja de decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (*mínima petita*). En esta última hipótesis y por lo que a las pretensiones deducidas en la demanda se refiere, cabe observar que la incongruencia se da, entre otros casos, cuando el sentenciador deje sin resolver alguna de las pretensiones acumuladas en forma concurrente, o cuando habiéndolo sido en forma eventual o subsidiaria, niega la principal y omite decidir la subsidiaria, o resuelve ésta sin haber rechazado la principal.

En la demanda introductoria de este proceso se acumularon en forma subsidiaria las acciones de nulidad y de resolución del contrato de compraventa recogido en la escritura 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá. El juzgado omitió considerar la petición principal y contrajo su estudio y decisión a la subsidiaria de resolución. De ahí que la sentencia de primer grado no contenga ningún pronunciamiento sobre la nulidad impetrada, y que sin haber rechazado previamente ésta hubiera declarado "resuelto, y sin ningún valor ni efecto" el contrato referido. En tales condiciones, era el demandante el único que podía manifestar su inconformidad con el hecho de que no se le hubiera decidido la acción de nulidad, en la cual radicaba su mayor interés desde luego que la propuso como principal; mas como no apeló de ese fallo, su silencio implicaba obviamente que se hallaba conforme con que se le hubiera decidido únicamente la subsidiaria de resolución. La competencia del Tribunal se

hallaba limitada entonces, por ser el demandado único apelante, a revisar la sentencia de primer grado en lo desfavorable a aquél, o sea en cuanto declaró resuelto el contrato de compraventa mencionado. No podía pronunciarse sobre la petición de nulidad, puesto que de llegar a declararla incurriría en una *reformatio in peius* que el Art. 494 del C. J. prohíbe. Y si no podía pronunciarse sobre ese extremo, mal podía ser su fallo inconsonante por haber omitido decidirlo.

Mas en el supuesto de que la sentencia del Tribunal fuera incongruente por el motivo apuntado, es lo cierto que el demandado carece de interés jurídico para impugnarla en casación con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones, y esa falta de interés hace necesariamente impróspera la censura. "Es vano el cargo por inconsonancia —tiene dicho la Corte— cuando la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia". (LXXIX, 855; LXXXIV, 400). (Casación Civil, 21 de enero de 1971).

188

INCONGRUENCIA

Es en la parte resolutive del fallo donde debe buscarse.

Como causal de casación consagra la ley el caso de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

De suerte, que las pretensiones de los litigantes, referidas en la demanda y en la respuesta, determinan el contenido de la controversia y le señalan al juez una pauta precisa y obligada para la sentencia que ha de dictar. De ahí que, como lo viene afirmando reiteradamente la doctrina de la Corte, la incongruencia de un fallo ha de buscarse mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico-procesal y lo resuelto por el juzgador, inconsonancia que sólo se dará ante la presencia de una cualquiera de las hipótesis siguientes: a) Cuan-

do la sentencia decide más allá de lo pedido (decisión ultra-petita); b) Cuando ha sentenciado sobre puntos no sometidos a litigio (decisión extra-petita); y, c) Cuando omite fallar sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (decisión mínima petita).

En este orden de ideas, ha sido doctrina permanente de la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser censurada de incongruente, ni en consecuencia acusada con fundamento en la causal segunda de casación, a virtud de que en ella quedan plenamente resueltas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por las partes, de tal modo que no es posible descubrir "por sustracción de materia, ninguno de los elementos constitutivos de la inconsonancia". (Cas. Civ., 17 de Feb. de 1964, CVI-91; 11 de mayo de 1964, CVII - 153/54; 4 de marzo de 1969, CXXIX - 38).

De otro lado, es en la parte resolutive del fallo donde debe buscarse la incongruencia de éste con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tiene dicho la Corte. (Casación Civil, 9 de marzo de 1971).

189

INCONGRUENCIA

Sabido es que el fallo que niega las peticiones de la demanda no es incongruente, pues no se da en él ninguna de las hipótesis de disconsonancia ya que no decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita), ni provee más allá de lo pedido (ultra petita), ni deja sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita).

Distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente, y en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la par-

te, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.

“Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial”. (LII, 21). (Casación Civil, 30 de junio de 1971).

190

INCONGRUENCIA

Distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al petionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.

“Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del

fallo, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial”. (LII, 21). (Casación Civil, 7 de julio de 1971).

191

INCONGRUENCIA

Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutive de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos falta de conformidad por cualquiera de estos tres aspectos: porque el fallo otorgue más de lo pedido por el actor (*ultra-petita*); porque resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste (*extra petita*); o porque al decidir omite, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo (*mínima petita*).

No es por tanto de recibo el cargo de inconsonancia cuando se fundamenta en la falta de correspondencia entre la parte motiva y la dispositiva del fallo, ni tampoco cuando se hace descansar en la falta de armonía entre ésta y la conclusión a que el sentenciador llega del análisis del haz probatorio; si estas últimas discrepancias existen podrán alegarse dentro de la causal primera de casación, si con ellas se incurre en violación de la ley sustancial, pero no por la causal segunda, por no estar de acuerdo con la preceptiva legal que la consagra. (Casación Civil, octubre 18 de 1971).

192

INDEMNIZACION MORATORIA

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido de que para la negativa del ordenamiento de la indemniza-

ción moratoria debe tenerse siempre en cuenta el concepto de la buena fe. En el caso de estudio está demostrado que el Banco demandado consignó oportunamente por concepto del valor de las prestaciones, el monto de lo que consideró que debía al actor del juicio, pero no pagó el valor de la indemnización por despido ilegal.

El a-quo en su sentencia consideró que el Banco no demostró las causales indicadas en la carta de despido, como justas para terminar en forma unilateral el contrato de trabajo, y por ello condenó al pago de la indemnización originada en ese hecho, y asimismo sentenció a la parte demandada a pagar indemnización moratoria por haber omitido el Banco el pago de la primera. (Sala de Casación Laboral, octubre 15 de 1971).

193

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del C.S. del T. El no pago de las sumas de dinero que puedan deducirse por lucro cesante o indemnización por despido, cuando éste es injusto, no causan la sanción moratoria porque la naturaleza jurídica de los salarios y prestaciones difiere sustancialmente de la sanción con que se grava al patrono cuando el despido no es justo.

En resumen el casacionista dirige la censura contra la sentencia acusada, por cuanto en ella no se condenó a la parte demandada al pago de indemnización moratoria en cuantía de \$ 115.30 diarios a partir del 27 de enero de 1968, como consecuencia de no haber cubierto el Banco el monto del valor de la indemnización por despido injusto, y habida cuenta de la interpretación errónea en que, con respecto al Art. 11 de la Ley 6ª de 1945, al Art. 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con el Art. 8º del Decreto 2351 de 1965 y 1614 del Código Civil, sostiene que incurrió el sentenciador de segundo grado.

Respecto a la indemnización moratoria se tiene que, el Art. 65 del C.S. T. dispone que:

“Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”.

Esta disposición sustancial señaló pues claramente una sanción intitulada indemnización, que se ha singularizado por la doctrina y la jurisprudencia como moratoria, en las relaciones obrero-patronales entre particulares, aplicable como es obvio cuando el patrono no paga al empleado u obrero el monto de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo.

Empero, el no pago de las sumas de dinero que puedan deducirse por lucro cesante o indemnización por despido, cuando este es injusto, no causan la sanción moratoria porque la naturaleza jurídica de los salarios y prestaciones difiere sustancialmente de la sanción con que se grava al patrón cuando el despido no es justo.

Esto como queda advertido es la norma estatuida para los empleados particulares; en cuanto a los trabajadores oficiales, vinculados a la Administración por medio de contrato de trabajo, rige el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que a la letra dice:

“El Art. 52 del Decreto 2127 de 1945 quedará así:

“Art. 52: Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de-trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

“Parágrafo 1º (...)

“Parágrafo 2º Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al Art. 4º de este Decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador. (. . . .).

“Si transcurrido el término de noventa días señalados en el inciso primero de este parágrafo no se hubiere puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante la autoridad competente, los contratos de trabajo cobrarán toda su vigencia en los términos de la ley”. (Sala de Casación Laboral, mayo 12 de 1971).

194

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL

Ahora bien, el artículo 65 CST contiene como sujeto de obligación al patrono, cuya mala fe en la insatisfacción de los derechos laborales sanciona en la forma y por las razones que tan largamente ha expresado la jurisprudencia y en que se informa el fallo recurrido.

Y si bien la obligación ya causada por este concepto, a cargo de un patrono, se transmite a sus herederos, que en este caso han de responder por ella en la forma legal pertinente, como responden también si continúan con la contratación laboral y ahora en condición de patronos, todo eso es distinto a que terminado el contrato de trabajo, y fallecido después el patrono moroso, sin razón atendible —en su caso— se hereden también su mala fe y continúe causándose, día a día, la indemnización moratoria del artículo 65 CST. Supuesto que también difiere del invocado como antecedente jurisprudencial de exégesis, por el

ad-quem, respecto de la continuidad del derecho en los herederos del trabajador, para demandarlo del patrono del causante de ellos o de la sucesión de ese patrono, en caso de muerte suya también, hasta lo causado por su mala fe. Pero en el asunto de autos la demandada nunca fue patrono del demandante, pues el contrato —como se ha dicho y nadie lo controvierte ni los falladores apreciaron hecho distinto— terminó antes de que falleciera el causante y constituye error de hecho manifiesto estimar mala fe en la sucesión, como lo hizo el ad-quem con apreciación de probanzas que se estudiaron por distintos aspectos pero todos ellos fuera del sujeto patronal cuya conducta de insatisfacción debía juzgarse. (Sala de Casación Laboral, noviembre 6 de 1971).

195

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL - ART. 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Aparte de las observaciones efectuadas en el paso anterior de esta misma providencia cabe anotar que, el Banco demandado en la contestación de la demanda (f. 12) ofreció presentar la prueba del pago de las prestaciones debidas al señor Humberto Aguirre, como consignación ante el Inspector 8º Municipal de Policía, empero como está anotado antes, en parte alguna aparece esa presentación del título, que pusiera los dineros en él representados a disposición inmediata del actor del juicio.

Esa negligencia de la parte demandada la hace responsable del retardo y desvirtúa el concepto de buena fe en el pago de las prestaciones debidas al demandante, el cual siempre ha de ser en el lugar y tiempo debidos. Es decir, a la terminación del contrato y personalmente al trabajador o en la forma de consignación, si éste no recibe, pero siempre que esta consignación produzca el efecto de estar a disposición del beneficiario, para que tenga efecto liberatorio. (Sala de Casación Laboral, mayo 25 de 1971).

196

INDICIOS

Apreciación objetiva del indicio.

El indicio en general, y el indicio grave en particular, no consisten, pues, como admitió una jurisprudencia del 17 de febrero de 1958 (G.J. Tomo LXXXVII, Pág. 211), en "una prueba excelente por su origen y también porque su apreciación es subjetiva, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables como distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y como diversas las rutás que se sigan para sacar las conclusiones", sino en la naturaleza extrínseca de todo medio de prueba que, para tenerse como tal, debe estar fundada en exterioridades apreciables por los entendimientos medianos. En otros términos, el indicio no comporta una subjetividad del intérprete, sino una situación concreta de donde se deduce otra situación concreta por un proceso lógico o de enfoque mental. La misma lógica indica que los pensamientos surgen de la realidad y vuelven a ella para entenderla y transformarla. Los indicios no se agravan porque los capte una inteligencia superior o una sagacidad extraordinaria, ni se conviertan en leves o en levísimos porque sean deficientemente comprendidos. Los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de las ideaciones, los queres y las ilusiones. Exponen su faz a la mirada de todos y demuestran su presencia mientras ésta dure. Si las apreciaciones de los mismos fueran subjetivas e individuales, no podrían someterse a otras individualidades jerárquicamente encargadas de revisarlas. Los juicios lógicos se puntualizan, examinan, reproducen y hasta se sintetizan, con validez común, porque si así no fuera el proceso penal se convertiría en una peligrosa encrucijada y el derecho de defensa quedaría circunscrito a límites tan inestables como las distintas capacidades del juzgador. La libre valoración de la prueba no puede conducir a tan sutiles extremos sin malograr la afortunada prestancia de sus

aportes. En este sentido habrá de aclararse la jurisprudencia citada, como se hace por la presente. (Sala Penal, mayo 11 de 1971).

197

INDICIOS

De los llamados indicios morales.

Los propios indicios llamados morales, no adquieren su denominación por la circunstancia de pertenecer a esta esfera, sino porque se refieren a condiciones personales del infractor, a sus relaciones con otros, a los antecedentes, a los motivos condicionantes del delito y, en general, a la capacidad que el agente tenga para atropellar el derecho ajeno tutelado en la norma. No es muy exacto, pues, el nombre, porque indispensablemente provienen de hechos y crean otros hechos. De dos sujetos que estuvieron en el local donde se cometió un homicidio, la lógica, derivada de los antecedentes humanos fundados sobre realidades, permite atribuir la autoría al de mala vida y no a la persona correcta, mayormente si aquél ha estado comprometido en otros asesinatos anteriores. La fama execrable, los hábitos deshonorosos, la actividad desplegada sin escrúpulos, no son imaginaciones caprichosas, sino fruto de conductas desarregladas que se aprecian comúnmente en determinado circuito social. Y no habrá de ejercer influencia alguna estas condiciones si no se acreditan debidamente.

El indicio que consiste en la "oportunidad para delinquir", no implica una formación puramente psicológica que conduzca a deducciones de la misma índole. Conformado sobre el antiquísimo refrán de que "la ocasión hace ladrón", resume una serie de inferencias objetivas relacionadas con la actuación del imputado y sus múltiples relaciones reales, que le facilitan, mejor que a otros, la comisión del delito. El depositario de bienes de cualquier clase y a cualquier título puede apoderarse de ellos con más expedición que el extraño. La gravedad del indicio está encarecida por el corto vínculo entre el hecho conocido (depó-

sito) y la responsabilidad por la apropiación ilícita. Pero es claro que pueden darse otras inferencias, por ejemplo, la de que una tercera persona poseía la llave del local, o de que la vieron entrar a él antes de la pérdida. Por eso el indicio de la oportunidad para delinquir es, de ordinario, grave, lo cual no significa que sea definitivo ni necesario. (Sala Penal, mayo 11 de 1971).

198

INDICIOS

Valoración de la prueba indiciaria.

En indicio grave de la legislación procesal vigente, exigido también por el Art. 439 del Código que entra a regir el primero de julio próximo (Decreto 409 de 1971), como una de las condiciones para detener precautelativamente al sindicado, lo mismo que los indicios graves (número plural) de que tratan los artículos 429 de la Ley 94 de 1938 y 481 del nuevo estatuto, para dictar auto de proceder, no son sólo objetos de prueba, sino medios probatorios con naturaleza y valoración específicos, tal como lo quiere el sistema colombiano, que en esta cuestión se aparta de otros sistemas. Pero no podía definir lo que se entiende por gravedad del indicio, ya que ésta es tarea del intérprete frente al caso en estudio y porque de otra manera habría caído en un casuismo necesariamente incompleto dada la multiplicidad de inferencias que conducen a la posibilidad de los hechos, o a su probabilidad y certeza.

El indicio es grave cuando entra el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del

grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos. Por vía de enunciación dicese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas, por ejemplo, cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñaleado el cadáver de éste; la propiedad del arma homicida; el encuentro de la persona secuestrada en casa o local del imputado, o bajo su vigilancia coactiva; la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución; la ocultación deliberada del sujeto (no por mera ignorancia ni por casualidad), mediante la fuga o con cualquier otro ardid; borrar las huellas del delito, como cuando se lavan prendas ensangrentadas del muerto o se esconden las cosas sustraídas a otro; el ofrecimiento de indemnizaciones a las víctimas a sus familiares; el intento de corrupción, mediante soborno o cohecho, de los funcionarios que investigan o intervienen en el proceso; la súbita prosperidad económica sin motivo que la justifique, ostensible en la adquisición de objetos inalcanzados antes, respecto del peculado, infracciones contra la propiedad y otras afines; la presencia inmediata en el lugar del delito con anterioridad a su comisión, o al tiempo de ejecutarse, o poco después, máxime cuando se destruyen bienes vinculados a la infracción o que la materializan; el hallazgo en poder del sindicado de las cosas sustraídas.

En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la compenetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será tanto más aproximativa a la evidencia cuantas menos posibilidades distintas resulten. (Sala Penal, mayo 11 de 1971).

199

INDICIOS CONTINGENTES

Su valor probatorio.

Sabido es que un indicio necesario produce certeza, porque la relación de causa-

lidad es necesaria. Por tanto, es plena prueba (Art. 217 del C. de P.P.). Mas un indicio contingente no produce sino duda o probabilidad, porque la relación de causalidad es contingente. De donde se sigue que es apenas prueba semiplena e imperfecta. Sin embargo, un conjunto de indicios contingentes —dos o más—, a despecho de ser contingentes, en ciertas condiciones constituyen plena prueba, porque se llega así también a la certidumbre. Cuando se está en presencia de este último caso, se dice que hay prueba por concurso de indicios.

En la legislación penal colombiana está consagrada expresamente la admisibilidad de la prueba por concurso de indicios y con la calidad de plena.

Así el C. de P.P., en sus Arts. 206 y 217, dispone:

“Art. 206. Dos o más pruebas incompletas son plena prueba si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

“Art. 217. Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada”.

En el caso sub-judice, el fallador de segunda instancia le dio a un concurso indiciario el valor de prueba plena.

Preciso es recordar que la única calificación legal del indicio está contenida en el artículo 217 del C. de P.P. que dice:

“Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada.

De esta norma se infieren las siguientes consecuencias:

a) El valor que la ley nacional le atribuye al indicio necesario es el de plena prueba.

b) Según la ley colombiana, en sentido contrario, un solo indicio contingente, no erigido en presunción legal, recibe la calificación de prueba imperfecta o semiplena. Ello se deduce lógicamente de la aseveración de que “un solo indicio no hace ja-

más plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada”, pues que si no es necesario es contingente, y si la calificación no es de prueba plena lo será de prueba semiplena.

c) La prueba plena puede estar constituida por un conjunto unánime de indicios, por cuanto el Art. 206 dispone:

“Dos o más pruebas incompletas son plena prueba si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Según el artículo 218 del C. de P.P., “el indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro”.

Por modo que para que se presente el concurso indiciario con valor de plena prueba se requiere que los hechos indicadores estén plenamente probados y que haya coexistencia necesaria de ellos. En otros términos, tales hechos deben ser varios, deben estar probados plenamente, ser distintos, o diversos, o independientes y concordantes. Es lo que dijo la Corte en sentencia de 2 de diciembre de 1944: “Los indicios no necesarios pueden constituir plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan al procesado como autor de la infracción”. (Casación Penal, marzo 1º de 1971).

200

INDICIOS Y CONTRAINDICIOS

Unos y otros deben aparecer comprobados lo mismo que los hechos o circunstancias en que se fundan y la conclusión debe ser única.

El artículo 222 del C. de P.P., según el cual “los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que uno solo indicio”.

A la verdad, la pluralidad de las circunstancias a que alude el artículo transcrito, se refiere más exactamente a la exigencia

relacionada con la conclusión del indicio, que ha de ser única. Si se toman varias circunstancias como hechos indicadores, se podrían construir varios silogismos y sacar varias conclusiones. Los hechos indicadores serían diversos, más las conclusiones pueden ser distintas o existir una sola, según que se fundamenten en circunstancias diversas o no. Si es la misma, se tratará de un solo indicio, aunque sean múltiples los hechos indicadores. Mittermaier lo aclara así: "Sólo se consideran como tales, entre el número de los indicios, aquéllos que se apoyan en circunstancias distintas e independientes; de manera que un mismo hecho no puede tenerse en cuenta más que para una sola vez, y aunque presente diversos aspectos o pueda tener una aplicación o significación múltiples, no constituye nunca más que un solo indicio. A, ha sido muerto de un pistoletazo, pero antes del homicidio B, tenía una pistola, y en el momento del mismo la tenía en su poder. He aquí una circunstancia considerada bajo varios aspectos diferentes; pero no por eso deja de ser una, y no da origen sino a un solo indicio" (prueba en materia criminal), Madrid, Edit. Reus, 1929, Pág. 315.

En verdad, todos los hechos relativos a lo que el Tribunal sentenciador denomina "oportunidad para delinquir" no son constitutivos sino de un indicio, porque realmente se refieren a uno solo. En efecto, el conocer el procesado la clave de la caja fuerte y el tener en su poder la llave de las mismas y las de todas las puertas que daban acceso a las diversas oficinas, son constitutivos de las 'posibilidades materiales' para agotar los actos delictuosos en la forma en que ocurrieron.

De suerte que los dos primeros indicios deben reducirse a uno solo, tal como lo pretende el recurrente.

El contraindicio es un indicio y, por lo mismo, una circunstancia o un hecho, sólo que ya no indicador sino contraindicador. Esta es la razón por la que debe hacerse iguales exigencias en el orden lógico demostrativo a las que se le formulan al indicio. En otras palabras, así como se exige la prueba en que se apoya el hecho

indicador —por mandato del artículo 223 del C. de P.P.—, del mismo modo debe exigirse la prueba del hecho contraindicador. Trátase —dice Gustavo Humberto Rodríguez R.— de un mandato legal que estriba en una exigencia lógica: el indicio —y por lo tanto el contraindicio— es un silogismo cuya conclusión resulta válida si son válidas sus premisas (Pruebas penales colombianas, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, Pág. 30). (Casación Penal, marzo 1º de 1971).

201

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION

El principio de la indivisibilidad de la confesión consiste en que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace. El que pretende beneficiarse de una confesión, tendrá que admitirla como fue hecha, no podrá aceptar lo que le convenga y rechazar lo que le perjudique. (Sala de Casación Laboral, marzo 29 de 1971).

202

INFRACCION DIRECTA

La infracción directa de la ley, ocurre en general cuando la norma que por ese motivo se dice violada ha sido ignorada por el fallador o cuando reconociendo éste su existencia se rebela contra su mandato y no la aplica. (Sala de Casación Laboral, noviembre 20 de 1971).

203

INSTIGACION PUBLICA E INSTIGACION PRIVADA

Si bien es cierto que la instigación a delinquir imputada al procesado, se ajusta más a la descripción contenida en el Art. 211 del C.P. —proposición a delinquir—, no obstante, genéricamente, fue determinado correctamente en el auto de proceder. Trátase de la instigación contemplada por el Art. 209 —instigación pública— o de la que prescribe el 211 —instigación privada, las dos son formas distintas de un mismo

género delictivo, con circunstancias específicas diferentes. En dicho evento, lo aconsejable hubiera sido proponer el cargo por violación omisiva del Art. 211. Pero no es de recibo en casación el ataque a la sentencia por haber aplicado dentro del mismo género delictivo la especie más favorable a los intereses del procesado. Recuérdese que el Art. 211 estatuye penas más severas que el 209. La aplicación indebida de este artículo al caso controvertido, si mengua la sentencia, lo hace en disfavor de la justicia. En esta forma hubiera sido la censura más ajustada a la técnica de casación, pero igualmente inoficioso a los fines buscados por el recurrente. (Sala de Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

204

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Aplicación de los Arts. 179, 180 y 375, inciso 3º del nuevo Código de Procedimiento Civil.

1. Asimilando la demanda o escrito con que se inicia un juicio a una prueba, la doctrina de la Corte ha dicho que el sentenciador al apreciarla puede incurrir en error de hecho o de derecho. El primero tergiversando de modo manifiesto el texto de la demanda, haciéndola decir lo que no expresa o cercenándole su real contenido, y el segundo, negándole el valor probatorio a las confesiones que en ella se contienen o dándole a declaraciones que no conforman una confesión.

2. "El actor —dice el Tribunal— a más de los hechos en que fundamenta su pretensión, expone en la demanda 'presentar cartas y papeles provenientes del demandado; ... los que, ciertamente, obran a los folios que preceden al libelo, o sean del 6 al 10 inclusive, del cuaderno principal. Además, como se dijo ya, dentro del plenario allegó otro grupo de cartas (folios 4 a 21 inclusive, C. 2) anunciadas en su memorial del 13 de diciembre (Fl. 2 C. 2), para que el demandado 'reconozca los documentos (cartas personales) que obran igualmente dentro del juicio y que se acompañaron a la demanda'".

3. El demandado invocó únicamente las causales 4ª y 5ª del Art. 4º de la Ley 45 de 1936, relativas a las relaciones sexuales que hayan existido entre el presunto padre y la madre o la posesión notoria del estado de hijo, como fuentes de la paternidad natural suplicada y afirmó los hechos, que en su concepto conformaban estas causales.

Por consiguiente, el sentenciador incurrió en un manifiesto error de hecho al haber entendido que se invocaba también como causal de paternidad la existencia de un escrito del padre que contenía una confesión inequívoca de esa calidad.

El demandante, en efecto, no alegó la causal 3ª, Art. 4º de la Ley 45 de 1936, como fuente de la declaración de paternidad natural suplicada ni afirmó los hechos, como tales, que jurídicamente fijan la intención de demandar por dicha causal. Ciertamente, en el aparte del libelo que denominó "Pruebas", dice que presenta "Cartas y papeles provenientes del demandado", pero debe entenderse que unas y otros los trae al proceso con el propósito de demostrar las causales expresamente alegadas de relaciones sexuales entre los progenitores naturales y la posesión notoria del estado civil.

Como conclusión de lo anterior, debe cassarse el fallo recurrido y al proceder como Tribunal de instancia la Corte hará uso de las facultades que le confieren los Arts. 129, 180 y 375, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, con el fin de verificar los hechos alegados por las partes, para luego dictar la sentencia de reemplazo. (Casación Civil, agosto 30 de 1971).

205

IRA E INTENSO DOLOR

Reconocimiento de la atenuante.

"Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión si está consagrada como circunstancia modificadora del de-

lito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado". (Sentencia, 12 de febrero de 1948, LXIV, 169).

"Cuando el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor síquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el Juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, ese tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, ésto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso". (Sentencia, 10 de marzo de 1947, LXII, 784). (Sala de Casación Penal, 28 de junio de 1971).

206

JURADOS DE CONCIENCIA

Notificación.

No dice el Art. 27 que cuando no sea posible notificar a alguno o algunos de los jurados el auto por medio del cual el juez de la causa señala fecha y hora para la celebración de la audiencia, deba procederse, como lo pretende el recurrente, a solicitar sorteo parcial para reemplazar a los ausentes, y menos erige en causal de nulidad el hecho de que se proceda a la celebración de la vista pública con los jurados que asisten a ella en número suficiente. El objeto de elevar a seis la cifra de los jurados que deben sortearse, previamente al acto de audiencia, no fue distinto al de evitar que la inasistencia, justificada o no, de alguno de los jurados, impida su celebración en la fecha y hora señalados, cosa que ocurriría con demasiada frecuencia. Pero si los jurados que actuaron fueron sorteados legal-

mente con el carácter de principales y suplentes, y por ausencia de uno de ellos y excusa de otro que tenía la condición de principal, el jurado se integró en la forma prevista en el artículo 27, reemplazando a los que faltaron a la vista pública con los que sí concurrieron a ella, la actuación no adolece de nulidad alguna, pero ni siquiera de irregularidad, pues lo acontecido se ajusta en un todo a las precisiones normativas de las disposiciones de procedimiento que el recurrente señala equivocadamente como violadas por el sentenciador. Por este orden de ideas, como no cabe admitir nulidad alguna dentro del marco de las leyes ordinarias, menos sería posible admitirla en el ámbito constitucional, cuya configuración en el proceso penal es de carácter excepcional y puede ser reconocida y declarada por la Corte, como lo tiene dicho en reiterada jurisprudencia suya, cuando los hechos en los cuales se funda son de tanto monto y trascendencia que su reconocimiento resulte a todas luces conducente a evitar que se menoscaben las bases mismas del juicio o se mengüen garantías fundamentales del derecho de defensa o de las partes que en él intervienen. No es éste el caso debatido por el recurrente. El cargo no prospera. (Sala de Casación penal, 3 de septiembre de 1971).

207

Juzgamientos con intervención del jurado.

Causal 1ª de Casación.

No puede prosperar el único cargo formulado contra la sentencia demandada porque, como de manera reiterada lo ha dicho la Corte "en los juicios en que interviene el jurado no procede la invalidez de la sentencia, si la supuesta violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, pues solamente compete al juez de derecho, en las instancias, rechazar el veredicto de los jueces de hecho por contraevidencia".

En la demanda, según se dejó reseñado, se alega violación de la ley sustancial por falta de apreciación de determinadas pruebas. Ya se puso de presente cómo ello no

se ciñe a la realidad por una parte y, por otra, siendo el jurado el llamado a apreciar íntimamente la prueba, sin que sea lícito pedirle razón de ello él es también quien decide sobre la responsabilidad del procesado, limitándose la facultad del juez de derecho a aceptar su veredicto o a declararlo contrario a la evidencia de los hechos, asuntos éstos que le están vedados a la Corte. Si se aceptaran los planteamientos del recurrente, se cambiaría la naturaleza del recurso extraordinario de casación, convirtiéndolo en una tercera instancia o se llegaría a reabrir el debate probatorio donde ha intervenido el jurado, cuestiones una y otra vedadas por la ley. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

208

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

Por regla general las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores no constituyen contrato de trabajo, pero el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, estableció las excepciones.

Por regla general las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores no constituyen contrato de trabajo. El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 estableció como excepciones los servicios prestados en la construcción y sostenimiento de obras públicas, en las empresas industriales, comerciales, ganaderas y agrícolas que se exploten con fines de lucro, o idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por ellos en la misma forma.

El demandante manifestó que la entidad demandada era un establecimiento público descentralizado, y en la carta de folio 12 del primer cuaderno, se lee: "Como podrá apreciarlo en el cuadro que por separado le adjunto, los recaudos por concepto de los impuestos predial y de barrido, base principal de las entradas en este Departamento..."

Como la recaudación de impuestos no puede ser función particular, el servidor

público demandante no prestó su aporte laboral en la construcción o sostenimiento de obras públicas ni en empresas de las mencionadas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, luego no tuvo con la demandada un contrato de trabajo.

Según el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, la jurisdicción del trabajo conoce de los conflictos jurídicos que provengan de un contrato de trabajo. Lógicamente la acción intentada en este juicio debía tener apoyo en una relación de tal naturaleza con la entidad demandada, y al no demostrarse esa clase de vinculación jurídica, es necesario absolver a la opositora. Como el Juez de primera instancia produjo la absolución pertinente, debe confirmarse la providencia apelada y condenar en costas al apelante. (Sala de Casación Laboral, abril 20 de 1971).

209

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

Con la anterior transcripción, resulta claro que el Tribunal no hizo cosa distinta de negar en el sub-lite la existencia de un contrato de trabajo entre el Departamento de Cundinamarca y su servidor, hoy recurrente, a través de la exégesis del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, aplicable a la fecha de terminación del vínculo entre las partes. (Sala de Casación Laboral, agosto 17 de 1971).

210

LA CONVENCION COLECTIVA EN EL RECURSO DE CASACION

La convención colectiva de trabajo no es una declaración de voluntad soberana, ni la Constitución Nacional previene que sea manifestada en forma especial. Por otra parte no tiene carácter general. Es un contrato que obliga a las dos partes, al sindicato o sindicatos o los trabajadores y al patrono o patronos.

1. En materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en los juicios ordinarios por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (artículos 59, Decreto E. 528 de 1964).

2. Esta regla general sólo sufre una excepción, y es en el caso del recurso per saltum, que se interpone cumpliendo determinados requisitos contra la de primera instancia. En este caso, las partes, de común acuerdo, prescinden precisamente de que el Tribunal Superior de Distrito Judicial, conozca del juicio por apelación de la sentencia de primer grado, para que la Corte, Sala Laboral, en sede le casación y dentro de las normas que regulan el recurso extraordinario, compare la sentencia con la ley y decida si éste se ha violado o no.

3. El recurso extraordinario de casación sólo puede interponerse en general contra el fallo de segundo grado que ha decidido la apelación o la consulta del primero, el cual a su vez ha resuelto las peticiones de la demanda con que se inició el juicio. Por tanto no pueden acusarse simultáneamente aquella sentencia y la proferida en distinto litigio, aun en el caso de haberse adelantado éste entre las mismas partes.

4. Ley "es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir, o castigar" (artículo 4º C. C.). La Convención Colectiva de Trabajo no es una declaración de voluntad soberana, ni la Constitución Nacional previene que sea manifestada en forma especial. Por otra parte no tiene carácter general. Es un contrato que obliga a las dos partes, el Sindicato o Sindicatos o los trabajadores y al patrono o patronos.

5. La infracción directa de la ley sustancial ocurre cuando el texto de la norma es absolutamente claro y a pesar de ello la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con ella por cualquiera de las siguientes razones: a) Porque no la aplicó, debiendo hacerlo; b) Porque la aplicó en forma incompleta; c) Porque negó un de-

recho consagrado por la norma, o d) Porque la aplicó a un hecho inexistente. La violación en estos casos es independiente de toda cuestión probatoria; no puede provenir de errores de hecho.

6. Al examinar el ataque encuentra la Sala que en él, contrariando claros preceptos procesales, se pretende la casación no sólo de las sentencias de primera y segunda instancia que se dictaron en este juicio, sino también de las dictadas en otro y además se confunde la noción de ley sustancial con la de convención colectiva.

7. De otra parte el cargo carece de demostración, y acusándose el fallo del Tribunal de Barranquilla, por infracción directa de la ley, se hace descansar en la falta de apreciación de las pruebas que anuncia el casacionista, lo cual hace contradictorio el concepto de violación así planteado y la acusación contraria a la técnica del recurso que por lógica elemental excluye del quebrantamiento por vía directa la valoración de las situaciones fácticas. (Sala de Casación Laboral, mayo 27 de 1971).

211

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Se pretende por el ad-quem salvar su error expresando que no se puede sacrificar la justicia por el derecho, olvidando que no se puede hablar de derecho prescindiendo de su relación de justicia, porque si ésta es el objeto del derecho como lo han entendido los autores, también el derecho es el objeto de la justicia. (Sala de Casación Laboral, abril 29 de 1971).

212

LAS VACACIONES NO SUSPENDEN EL CONTRATO DE TRABAJO

Las vacaciones de otra parte, no suspenden el contrato de trabajo, simplemente interrumpen de modo temporal una de las obligaciones del trabajador, la prestación del servicio, pero continúan vigentes todas las demás, así como las del patrono que las

otorga. Aquéllas sí pueden interrumpirse y si así sucede, desaparecida la causa de la interrupción, continuarán disfrutándose hasta que se cumplan los quince días hábiles que las constituyen por año cumplido de servicio.

La finalidad de este descanso no se opone entonces a que se avise al trabajador que terminado aquél quedará desvinculado de la empresa máximo si para la fecha en que debe regresar el patrono comienza a pagarle otra prestación cual es, como en el sub-lite, una pensión vitalicia de jubilación.

De aceptar las tesis expuestas por el recurrente, se producirían fenómenos no contemplados en la ley, tales como si avisado un trabajador sobre la terminación de su contrato por justa causa (numerales 9 a 15 del artículo 7º, Decreto 2351 de 1965), y se le adeudaran vacaciones, el patrono no pudiera dárselas en tiempo, porque de hacerlo, el aviso sobre extinción del contrato ipso facto se prolongaría más allá inclusive del mínimo indicado por la norma que se ha examinado. (Sala de Casación Laboral, octubre 15 de 1971).

213

LAUDO ARBITRAL

El laudo es una verdadera sentencia proferida por auxiliares de la justicia en conformidad con las normas procesales que regulan la materia.

Es evidente que, el Tribunal sentenciador efectuó las liquidaciones de las condenas y reajustes que dispuso en su providencia de segundo grado, sobre la base de un salario de ochocientos pesos mensuales, dando por demostrado este estipendio con el documento que aparece de los folios 8 a 14 del cuaderno principal, o sea copia mimeográfica, contenida en la circular N° 30, bajo el título: "Flota Magdalena S. A.", por medio de la cual la Gerencia de esa empresa informa a los socios sobre: "el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento del Ministerio del Trabajo, en el litigio laboral con el Sindicato de Choferes y Traba-

jadores de la Empresa, el cual fue notificado el día 25 de abril del corriente año". Se refiere a 1964.

Esa circular pues, contiene, según lo expresado, copia del mencionado laudo, la cual como queda advertido fue expedida por la Gerencia de la Flota Magdalena S. A.

El ad-quem al aceptar plenamente este medio de prueba para los efectos señalados se expresó así:

"La existencia del arbitramento es un hecho claro, y no fue desconocido por la empresa en el trámite del juicio, acusando sólo que en él no se hallaba comprendido el caso del señor Giraldo López por abarcar exclusivamente el sector de los motoristas o conductores, criterio limitado que no es el mismo que contempla el laudo arbitral al resolver el punto tercero. Es verdad también que el fallo tiene vigencia determinada, pero no es menos cierto que sus disposiciones son las que se han venido rigiendo, porque al terminarse su vigencia no ha existido otro laudo que modifique las disposiciones contenidas, y son, por tanto, las que gobiernan las relaciones entre la empresa y sus trabajadores. Por estas razones, el reajuste de salarios suplicado en la demanda tiene respaldo legal; y habiéndose desconocido en la sentencia de primera instancia, obligará en esta segunda a aceptarse en ese sentido. (...)"

Vale decir que, la disposición violada señalada por la censura comprendida en el artículo 469 del C. S. T., no es precisamente la aplicable al caso en estudio sino el artículo 632 del C. J. (entonces vigente) también citado por el recurrente.

El artículo 469 precitado se refiere concretamente a las convenciones colectivas y no a los laudos arbitrales. Con respecto a éstos últimos ha dicho la Corte:

"Cuando un laudo dispone su depósito en el Ministerio, ese ordenamiento debe ser cumplido, como todas las demás disposiciones arbitrales; pero este depósito no constituye solemnidad para su eficacia, ni para su prueba, por no haberlo instituido así el legislador. El laudo arbitral tiene efi-

cacia jurídica aunque no se haya depositado en el Ministerio, y su existencia y autenticidad se establecen en el juicio en la misma forma como se acreditan las demás sentencias laborales. (Se subraya). Así debe concluirse de los preceptos probatorios que gobiernan la materia, los cuales no sufren modificación por la solemnidad exigida por el Art. 469 del C. S. T. para la convención colectiva, ya que esta norma especial no tiene el carácter extensivo, ni la naturaleza misma del conflicto colectivo de trabajo ni la de su solución arbitral convienen con la exigencia de la formalidad estudiada". (Sentencia, 27 enero de 1968).

El artículo 460 del C. S. T. dice que: "El fallo arbitral se notificará a las partes personalmente o por medio de comunicación escrita".

Es pues el laudo una verdadera sentencia proferida por auxiliares de la justicia en conformidad con las normas procesales que regulan la materia, y por tanto para acreditar su existencia y autenticidad debe presentarse para ser tenido como prueba, como documento público auténtico, en copia formalmente expedida y autorizada por el Secretario o empleado encargado del archivo o de la guarda del expediente, tal como lo ordena el artículo 632 del C. Judicial (antes en vigencia).

En estas condiciones, el Tribunal al tener como medio de prueba la copia del laudo a que se ha hecho referencia, aceptó su autenticidad por cuanto la parte demandada no negó su existencia, sin tener en cuenta que en las condiciones en que fue presentada esa copia, no presta mérito probatorio, por cuanto carece de la atestación de ser auténtica, incurriendo por tanto evidentemente en el error de derecho señalado por la censura, lo cual influye necesariamente en todas las liquidaciones efectuadas en la sentencia acusada, así como en el reajuste de salarios derivados de esa prueba. (Sala de Casación Laboral, agosto 9 de 1971).

LEGITIMACION EN CAUSA

Su ausencia conduce a fallo de fondo y no inhibitorio.

Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de intereses que surjan entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o de demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de que quede definitivamente decidido ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo, lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional, cuya característica más destacada es la de ser definitiva. (Casación Civil, 3 de junio de 1971).

LESION ENORME EN DACION

EN PAGO

Es secular la disputa sobre la naturaleza de la dación en pago. Desde la época de los romanos ya se discutía si puede asimilarse al contrato de compraventa, y algunos sostuvieron que sí, mas sólo en el evento en que la dación tuviera por objeto una cosa por una obligación pecuniaria (rem pro pecunia), pues encontraban que, entonces, "dare in solutum est quasi vendere".

Otros propugnan la tesis de que la naturaleza jurídica propia de la dación es la de un modo de pago, y un tercer grupo defiende la de que en el fondo es una clase de novación.

La *datio in solutum* no está reglamentada en nuestro C. Civil, tal vez porque, como lo ha dicho Claro Solar, "no ha sido estimada digna de consideración por los legisladores para darle cabida en los Códigos". La acepta y reconoce, empero, pues en el artículo 2407 dispone: si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

La doctrina jurisprudencial de la Corte, hasta la sentencia de 31 de mayo de 1961 (G. J., XCV, 926), vaciló en la fijación de la naturaleza jurídica de la dación en pago, pues en ocasiones afirmó que existía similitud completa entre ésta y la compraventa; en otras, que era un modo de extinguir las obligaciones, idéntico al pago, y, en otras, que implicaba una verdadera novación. Más a partir del fallo citado, en el que se dieron las razones de porqué la *datio* no es una novación o una forma de pago con rasgos propios, la Corte ha sostenido, como ya lo había insinuado desde 1909, que a la dación en pago, por la clara analogía que entre ella y el contrato de compraventa existe, le deben ser aplicadas las normas de éste.

"La analogía entre la dación en pago de una cosa por un crédito de dinero, y la venta —reza aquella sentencia— es generalmente reconocida, sin exceptuar a quienes se pronuncian por la tesis del pago o de la novación. Se habla de analogía, no de identidad. Si se tratara de identidad el problema no existiría, y no hay jurisprudencia ni doctrina que la sostenga. Debe tomarse en este sentido la expresión de "similitud perfecta" que emplea la citada

casación de esta Corte de 16 de septiembre de 1909, y la de que si la dación se hace por un crédito en dinero, "tal acto constituye una venta", de que se vale la sentencia de 24 de mayo de 1926, también mencionada anteriormente.

"La ley civil no ha definido la naturaleza de la dación en pago; tampoco ha regulado expresamente todos sus efectos; es decir, no hay ley exactamente aplicable al caso aquí controvertido, en el cual se discute sobre el alcance jurídico de la dación en pago, y en concreto si en ella funciona la acción de la lesión enorme.

"Mas, dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte, sin desconocer a las demás tesis expuestas el mérito de sus fundamentos, y siguiendo la enseñanza de algunos de sus fallos, reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie.

"La Corte se apoya para ello en la disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que así provee a la función de la doctrina como fuente de Derecho Positivo, encargada de actualizar la ley y renovar la jurisprudencia.

"Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Ha sido llamada la dación en pago "convenio oneroso de enajenación", y algunas decisiones de esta Corte destacan la equivalencia que debe existir entre el crédito debido y la cosa que se entrega, de manera que cuando al carácter oneroso se agrega la virtud de la equivalencia, se produce el rasgo conmutativo sustancial de la dación en pa-

go, o sea, el equilibrio económico de las prestaciones, el cual se manifiesta y sanciona, en primer plano, en el contrato de compraventa, por medio de la acción de lesión enorme, en materia de inmuebles..." (LXXXVII, 2194, 448 y 28 de enero de 1959, XC, 2207 a 2209, 8). (Casación Civil, 9 de julio de 1971).

216

LESION ENORME EN LA VENTA DE GANANCIALES

Lo sustancial de los cargos consiste en que la venta del derecho a gananciales en una sociedad conyugal disuelta, cuando no se especifican los efectos de que ésta se compone, configura un contrato aleatorio, no susceptible como tal de rescisión por lesión enorme, ya que ésta supone que el contrato sea conmutativo.

En verdad, esa fue la tesis que a propósito de la venta de derechos hereditarios, pero aplicable igualmente a la de derecho a gananciales en la sociedad conyugal disuelta, por versar tanto aquélla como ésta sobre una comunidad universal ilíquida (LXXVIII, 900 y CVII, 114), sostuvo la Corte durante muchos años. Pero tal tesis fue abandonada a partir de la sentencia de 3 de agosto de 1954 (LXXVIII, 227), con doctrina nueva al respecto reiterada y mantenida desde entonces, como puede verse, entre otras, de las sentencias de 21 de julio de 1960 (XCIII, 98) y de 29 de abril de 1964 (CVII, 113). En esta última sentencia se lee:

"Si a trueque de una determinada prestación se cede el derecho de herencia en abstracto, o sea "sin especificar los efectos de que se compone", el cedente 'no se hace responsable sino de su calidad de heredero' (1967, C. C.); y la cesión que por lo general es negocio conmutativo y se rige por el principio de la utilidad equivalente para las partes, puede por excepción convertirse en aleatorio, por la contingencia incierta de ganancia o pérdida que a tiempo del negocio lleva aparejada.

"Si además de no estar especificados en la cesión los efectos de que se compone la

herencia, no se contaba el día del contrato con elementos de juicio que razonablemente permitieran deducir el justiprecio del derecho cedido, y dentro de esa incertidumbre las partes asumieron la contingencia de ganancia o pérdida, ninguna de las dos podrá llamarse a lesión, y el cedente sanae con solo tener la calidad de heredero, aunque el cesionario experimente pérdida neta.

"Mas si a tiempo de la cesión eran conocidas las fuerzas de la herencia, como se revela a menudo por los hechos y principalmente después de la facción de inventarios, el elemento a sabiendas elimina el álea, aunque el traspaso se haga sin especificar los efectos de que se compone la herencia. Cabe entonces la teoría de la lesión, en guarda de la equitativa igualdad de utilidades para las partes contratantes".

No encuentra la Corte motivo bastante que la impulse a regresar a la primitiva posición que adoptó frente a la cuestión de que se trata, ni los cargos que en la presente oportunidad examina, los cuales apenas repiten las razones que entonces adujeron, sin exponer otras nuevas, se lo suministran. En estas condiciones, pues, ha de quedar incólume el punto de partida de la motivación de la sentencia recurrida, ésto es, el de que la venta del derecho a gananciales debatida en el presente juicio, fue un contrato conmutativo por haber sido celebrado por las partes en circunstancias particulares que las colocaban en la posibilidad de conocer el potencial patrimonial de la universalidad a la cual se vinculó el derecho cedido, y por lo mismo de establecer el precio justo de éste en la fecha de la operación. Y habiendo de quedar incólume dicho punto de partida, así habrá de quedar también la conclusión final a que llegó el sentenciador, puesto que aceptado según aquél que el contrato de venta de derechos en una universalidad no es de suyo aleatorio, sino que el serlo o no depende de factores extremos, cualquier ataque contra la citada conclusión final no podía estar llamada a prosperar en casación sino por la vía indirecta, de la causal primera, demostrando

el recurrente haber incurrido el Tribunal en error manifiesto de hecho o en error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a las circunstancias específicas tenidas en cuenta por él para considerar que el contrato no expuso a las partes a contingencias inciertas de ganancias o pérdida. Y bien se ve que los cargos en estudio atacan la sentencia acusada por la vía directa, es decir dejando intacta la estimación que el Tribunal le dio a la cuestión de hecho. (Casación Civil, 19 de abril de 1971).

217

LESIONES PERSONALES

(Cuestionarios).

Dice el artículo 559 del C. de Justicia Penal Militar que "el cuestionario se formulará así: El acusado N. N. es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)".

El delito de lesiones personales está especificado en el Código de Justicia Penal Militar, así:

a) El intencional (Art. 202): "El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo y sin intención de matar, cause a otra persona daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, incurrirá en las sanciones de que tratan los artículos siguientes:..."

b) El culposo. (Art. 210): "El que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en este Capítulo, quedará sometido a las sanciones respectivas, disminuidas de las tres cuartas partes a la mitad y en lugar

de la prisión se aplicará el arresto y del presidio, la prisión".

En la pregunta formulada a los jueces de hecho se especificó el delito intencional de lesiones personales conforme al precepto que lo define y que se dejó transcrito.

Si la modalidad culposa de la misma infracción penal se hubiera tratado, entonces el cuestionario, ciñéndose a la especificación del artículo 210 del Código de Justicia Militar, habría señalado ese elemento de la culpa, para que sobre ésta se hubieran pronunciado los Vocales.

Así, pues, en ningún desconcierto podía caer la defensa, como anota el demandante y acepta el Ministerio Público, por no haberse indicado en el cuestionario algo que no se trae, como elemento especificativo, en la definición del delito doloso de lesiones personales; la intención. Si a alguna condición subjetiva se refiere el artículo 202 del estatuto castrense, es a la ausencia de la intención de matar, y en la pregunta que se hizo a los jueces de hecho se incluyó esta especificación de los hechos.

Si solamente se tienen dos hipótesis de culpabilidad en el delito de lesiones personales, la intencional y la culposa, y si a esta última no se refiere el cuestionario (que de haberse tratado de lesiones culposas forzosamente ha tenido que aludir la pregunta hecha a los Vocales, por ser elementos especificativos de la definición que trae el citado Art. 210), es obvio que tal cuestionario se refiere, al delito intencional de lesiones personales.

No se violó, en consecuencia, la norma 599 del Código de Justicia Penal Militar y mucho menos se quebrantaron las formas propias del juzgamiento. (Sala de Casación Penal, Bogotá, D. E., 3 de noviembre de 1971).

218

LETRA DE CAMBIO

Su nulidad por falta de consideración de valor.

Donaciones remuneratorias y gratuitas.

1) Todo acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, requiere para su validez, entre otros elementos, una causa lícita (Arts. 1502 del C. C. y 1º del C. de Co.) y real, sin que sea menester expresarla. Es causa suficiente la mera liberalidad o beneficencia (Art. 1524, Inc. 1º del C. C.). "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato" (Inc. 2º, *ibidem*).

2) El artículo 26 de la Ley 46 de 1923 establece una presunción *juris tantum* de que todo instrumento negociable ha sido expedido "en consideración a un valor", entendiéndose por tal "cualquier causa suficiente para la validez del contrato" (Art. 27 *ibidem*). De esta suerte, como lo ha considerado la doctrina en Colombia (LI, Pág. 577), aún la pura liberalidad o espíritu de beneficencia es causa suficiente o "consideración de un valor" en un instrumento negociable, sin que sea necesario probarla, porque la mencionada presunción legal releva de esa carga al tenedor del instrumento que lo sea en debida forma (Art. 55 *ibidem*).

3) La presunción de causa en los instrumentos negociables, como legal que es, admite prueba en contrario, ya que "la ausencia o la falta de consideración de valor da derecho a excepcionar contra cualquier persona que no sea tenedor en debida forma" (Art. 30 *ibidem*).

4) Según el Art. 1443 del C. Civil, "la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra

persona que la acepta". No se presume sino en los casos expresamente previstos en la ley, lo cual indica que la persona interesada en invocarla, tiene la carga probatoria respectiva (Art. 1450 *ibidem*).

5) La ley distingue las donaciones motivadas en la mera liberalidad del donante, de aquéllas que, como las remuneratorias, tienen una causa onerosa, en las cuales, como ha dicho la Corte "la generosidad del donante no está impulsada en forma espontánea sino que se determina por el propósito de retribuir servicios recibidos" (CV., Pág. 59). Para las primeras, en cuanto excedan de \$ 2.000.00 exige insinuación judicial so pena de nulidad (Art. 1458 *ibidem*); para las segundas, impone que se hagan expresamente y por escrito "en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse" o de lo contrario se entienden gratuitas (Art. 1490, C. C.) y por tanto, quedan sujetas al requisito de la insinuación en cuanto valgan más de dos mil pesos.

6) La Corte, en sentencia del 9 de julio del corriente año (aún no publicada), expresó que en las donaciones remuneratorias el escrito es *ad solemnitatem*, lo cual significa que la falta de éste y de la especificación de los servicios remunerables por naturaleza, no puede suplirse con ninguna otra prueba. Si hubo donación de esa clase pero se omitió consignarla en forma gráfica, forzoso es entenderla gratuita, como claramente se deduce del citado Art. 1490 del C. Civil. En cambio, si al otorgarse el escrito se especificaron los servicios que se pretenden retribuir con la donación, pero de la naturaleza de éstos no surge la conclusión inequívoca de ser de aquéllos que es costumbre remunerar, las partes pueden valerse de otros medios de convicción para demostrarlo, sin que por ello la donación deje de ser remuneratoria. Lo esencial en éstas es que se otorgue por escrito y que se exprese el ánimo de retribuir servicios específicos prestados por el donatario al donante y que éstos sean de los que suelen remunerarse. "Se deduce también —ha di-

cho la Corte— que si lo que expresa en la literalidad del instrumento es apenas el ánimo de remunerar servicios, quien tuviera interés en ello está admitido a probar que tales servicios no pertenecen a la categoría de los que suelen remunerarse” (CV I, Pág. 59). A lo anterior cabe agregar ahora que también puede demostrarse que los servicios que el donante se propone retribuir no fueron prestados en la realidad, en cuyo caso esa prueba produciría como resultado forzoso que la donación dejara de ser remuneratoria para convertirse en gratuita, al tenor del segundo inciso del Art. 1490 del C. C. varias veces mencionado.

7) La donación remuneratoria requiere una razonable equivalencia entre lo que entrega el donante y el valor de los servicios, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de los que fueron prestados por el donatario, los que además, se repite, deben ser de los que suelen remunerarse. Así se desprende claramente del Art. 1491 del C. C., según el cual, las donaciones remuneratorias en cuanto equivalgan al valor de los servicios prestados al donante, no son rescindibles ni revocables, y están sujetos al requisito de la insinuación, en su caso, en lo que excedan de ese valor, y el Art. 1492 *ibidem*, según el cual si el donatario fuere victo en la cosa donada “tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado con los frutos”. En cambio, en las donaciones puramente gratuitas el donatario no tiene acción de saneamiento (Art. 1479 *ibidem*).

8) De lo anterior se concluye que las donaciones remuneratorias requieren como requisito *ad-solemnitatem* que se hagan constar por escrito, en el cual debe decirse que se hacen para remunerar servicios; y que es también de su esencia, que tales servicios se especifiquen en la escritura pública o privada. Los servicios deben ser de aquéllos que se acostumbra a remunerar, lo cual puede probarse o infirmarse libremente. Si falta alguno de los requisitos mencionados, la donación se entenderá gra-

tuita y en consecuencia estará sujeta a insinuación en cuanto exceda de dos mil pesos.

9) Quién está obligado a pagar servicios que ha recibido, puede hacerlo entregando una cantidad de dinero a quien los prestó, o puede también dar una cosa distinta a título de dación en pago, si éste accede a recibirla. En tales casos no hay donación remuneratoria sino simplemente pago o dación en pago como contraprestación por unos servicios remunerables y por tanto las normas legales aplicables deben ser aquéllas que regulan ese modo de extinción de las obligaciones. Esta conclusión se refuerza si se recuerda, como atrás se dijo, que la donación no se presume “sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes (Art. 1450 *ibidem*) y que cuando es remuneratoria, está sometida a los requisitos *ad-solemnitatem* que estatuye el Art. 1490 del mismo Código. (Casación Civil, 20 de noviembre de 1971).

219

LIBERALIDAD

La liberalidad no puede ser violatoria de intereses legítimos severamente tutelados.

Por lo demás, el hecho mismo anotado por el fallador con respecto a la conducta unilateral observada por el patrono, es indicativo de lo ilícito de su actitud, puesto que éste, como lo afirma, “rebasó los límites establecidos por la ley” sin ningún consentimiento previo del trabajador, lo que equivale a sostener que procedió contra sus prescripciones y ordenamientos. El patrono pues, en este caso, obró ilegalmente. Lo lógico en circunstancias de esta índole, hubiera sido que el Tribunal procediera de conformidad con los imperativos de ley, ajustando la decisión a los exactos términos de su mandato. El criterio de la “liberalidad” que se planteó como excusa para darle a las normas el alcance que se les dio por el juzgador, no puede en abstracto, y como tesis general, aceptarse ni reconocerse

ni encomiarse, puesto que esa actitud de largueza puede derivar en situaciones de injusticia, marcadamente contrarias a los principios y a los ordenamientos de la ley. La liberalidad no puede ser violatoria de intereses legítimos severamente tutelados.

Parece por lo tanto, que no sobra agregar al ya expresado criterio de esta Sala de la Corte, algunas consideraciones y comentarios respecto a la manera de atender como justo aquello que cubre las apariencias de la legitimidad.

En efecto, se ha expresado por la doctrina que la pauta axiológica del Derecho Positivo y meta del legislador, es la "Justicia", ésto es, y, para decirlo con la vieja definición de Ulpiano, el darle a cada quien lo que le pertenece. Empero, y como también se ha dicho con entera claridad, para poder derivar de la "Justicia" las normas legales, tiene que complementársele con el factor de la finalidad o de la adecuación a un fin. En este orden de conceptos, el fin del Derecho conduce necesariamente a la seguridad jurídica que no solamente reclama un derecho inquebrantable y firme, sino un derecho que legítimamente le dé a cada quien lo que le debe dar. Pero que le garantice además esta facultad de índole subjetiva en todo momento y bajo todas las circunstancias de oposición a élla. Implícitamente tal serie de factores conllevan la idea de la "expectativa", como una posibilidad más o menos cercana y probable de conseguir y de llegar a una oportunidad buscada y requerida. Desde luego, dentro de este juego de lo anhelado, importa el deseo de quien espera. Es un valor subjetivo y no un juicio de terceros. Lo que el derecho protege justamente es, en este ámbito, la esperanza de quien desea y quiere lo mejor, lo óptimo, el bien superior. Ningún otro alcance cree esta Sala, puede dársele a la "Justicia" como pauta del derecho. En consecuencia no se puede llamar justo aquéllo que rebasa arbitrariamente los lineamientos ordenadores de la ley, puesto que una actitud o un comportamiento justo es el que se ciñe a los términos y alcances del Derecho posi-

tivo, concepto que es, precisamente, el expresado por esta misma Sala en el fallo que antes se ha transcrito. (Sala de Casación Laboral, mayo 18 de 1971).

220

LITISCONSORCIO NECESARIO

(Y litisconsorcio facultativo o voluntario).

La doctrina universal se ha ocupado, dentro de la teoría general del proceso, de determinar la posición que las partes han de tomar en él. Dice que tratándose de juicios contenciosos, para el desarrollo de la relación es necesaria la presencia cuando menos de dos personas que ordinariamente asuman en ella posiciones antitéticas: el demandante y el demandado.

Frecuentemente ocurre, sin embargo, que las personas en la relación jurídico-procesal son más de dos, dándose el fenómeno de "pluralidad de partes", en el cual es preciso tomar en consideración, como lo observa Manuel de la Plaza, "la distinta relación en que, en cada caso, se hallan las partes entre sí; y de ese modo, cuando están situadas en un mismo plano, puede hablarse de una pluralidad por coordinación, y, cuando se hallan en plano distinto, nos encontramos frente a una pluralidad por subordinación" (Derecho Procesal Civil Español, Volumen I, Pág. 292, 3ª Edición).

La relación de coordinación entre las partes se advierte fundamentalmente en la figura del litisconsorcio; la relación de subordinación, en la intervención por coadyuvancia.

El litisconsorcio, que es una especie del género pluralidad de partes, se estructura pues cuando en un proceso se presentan varias personas reunidas en el mismo papel de parte, por existir coordinación en sus pretensiones o conexidad de intereses entre

ellas. Y proviene; o de que varios demandantes litiguen con un solo demandado (litisconsorcio activo); o de que un solo demandante dirija su demanda contra varios demandados (litisconsorcio pasivo); o de que sean más de una las personas que, en la misma litis, figuren como demandantes y demandadas (litisconsorcio mixto).

Desde otro punto de vista esta relación múltiple admite dos formas, tradicionalmente llamadas litisconsorcio necesario y litisconsorcio facultativo o voluntario. La primera es impuesta por la índole de la relación sustancial que en el proceso se actúa; y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados; la segunda, en cambio, sólo obedece a una determinación de voluntad, inspirada en la consideración de buscar la economía procesal.

La característica esencial del litisconsorcio necesario es, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico-procesal por ser única la relación material que en ella se controvierte; unicidad ésta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes corresponde también una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada una vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les dé decisión diferente. (Casación Civil, 14 de junio de 1971).

221

LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

Es equivocada la apreciación del sentenciador en cuanto cree que la indemnización por despido injusto comprende únicamente el lucro cesante y la indemnización por

mora abarca sólo el daño emergente. Ambas indemnizaciones comprenden el lucro cesante y el daño emergente, como lo han dicho el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Es equivocado el criterio de apreciar una jurisprudencia por el número de veces mencionada determinada palabra, y más aún tratar de deducir que las indemnizaciones a que se refiere el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no son causal de indemnización por falta de pago, aunque se expresen claramente en el decreto mencionado y en los considerandos del mismo, porque una sentencia de la Corte no repitió esa palabra muchas veces, sino que empleó otras expresiones equivalentes.

El ad-quem afirma que le repugna la existencia de dos indemnizaciones por virtud de un mismo hecho, pues cree que la indemnización por despido injusto y la indemnización por mora provienen de igual causa. También en ésto erró el Tribunal, en su decisión mayoritaria ya que lo primero tiene origen en el despido ilegal y lo segundo en la falta de pago de las deudas laborales, o sea que provienen de hechos diferentes.

También es equivocada la apreciación del sentenciador en cuanto cree que la indemnización por despido injusto comprende únicamente el lucro cesante y la indemnización por mora abarca sólo el daño emergente. Ambas indemnizaciones comprenden el lucro cesante y el daño emergente, como lo han dicho el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Tampoco puede entenderse que cuando el Decreto 797 de 1949 se refiere a las indemnizaciones cuya falta de pago acarrea la de valor igual a los salarios correspondientes a la mora injustificada, no comprende sino las derivadas de la falta de capacidad laboral, porque no han perdido el carácter de indemnizaciones las que concurren a evitar la falta de pago de las deudas laborales a la terminación del contrato.

Considera el sentenciador que si al patrono particular se le exonera del pago de la indemnización moratoria cuando ha planteado una duda razonable, no puede aplicarse al Estado un criterio distinto y discriminatorio, lo que hace derivar de que la indemnización por despido es controvertible. No existe tal criterio diferente, sino que debe darse igual tratamiento, y tampoco puede admitirse que la indemnización por despido prefijada sea controvertible, pues lo que puede discutirse son los hechos que dan origen al despido, como pueden discutirse también todos los que dan origen al salario o a cada una de las prestaciones. (Sala de Casación Laboral, junio 30 de 1971).

222

MANDATO

El comercial y el judicial son por su naturaleza remunerados.

En el mandato civil, cuando no existe la costumbre de remunerarse se entiende que es naturalmente gratuito, siempre que las partes no hayan pactado remuneración; pero, en cambio, en el mandato comercial y en el judicial, "es de la naturaleza la retribución", cuando no se ha celebrado pacto de gratuidad. También se dejó explicado allí que la remuneración, como lo establece la segunda creación del artículo 2143 del C. Civil, puede ser determinada por convención de las partes, anterior o posterior a la celebración del mandato. (Casación Civil, de febrero 4 de 1971).

223

MANIFESTACION DEL MOTIVO PARA LA
TERMINACION UNILATERAL DEL
CONTRATO DE TRABAJO

(Sala de Casación Laboral, julio 9 de 1971).

224

MARCAS

Oposición a su registro.

Para que prospere la oposición al registro de una marca comercial, por razón de ser propietario el opositor de una marca registrada con la cual puede confundirse la primera, debe establecerse precisamente la similitud entre ambas marcas, lo cual no se hizo en el presente caso porque el dictamen pericial no versó sobre la registrada y la que fuera objeto de la solicitud de registro. (Casación Civil, 30 de enero de 1971).

225

MEDIO NUEVO EN CASACION

"Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la acusación consiste o se basa... No así cuando la violación de la ley sustantiva de que se acusa un fallo proviene de error en la apreciación de pruebas (se subraya). En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aún ilimitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio sí es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en periodos anteriores a la sentencia del Tribunal" (se subraya). Cas. Civ., G. J., N° 1911, Pág. 731.

Con arreglo a esta jurisprudencia, que la Corte no ha variado, toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación.

Tal ocurre precisamente con el error de derecho que la censura imputa al Tribunal en el cargo que se estudia. Lo funda ésta en errónea valoración del dictamen pericial, proveniente de violación-medio de un texto legal no invocado en instancias. La argumentación del recurrente sobre este particular, es completamente nueva y por tanto sorpresiva. (Casación Civil, 28 de julio de 1971).

226

MEDIO NUEVO EN CASACION

El fundamento del error de derecho que en esta censura se denuncia, es a saber: que la inspección ocular se practicó en fecha distinta de la señalada por el juzgado, constituye un medio nuevo, inadmisibles en casación, pues la prueba no fue atacada por ese motivo en las instancias, y, por consiguiente, el reparo que ahora se formula no fue sometido a los juzgadores de primero y segundo grados ni oficiosamente considerado por ellos. "Se violaría el derecho de defensa —ha dicho la Corte— si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa... La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo,

que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas". (LXXXIII, 76).

No constituye medio nuevo, empero, toda cuestión no debatida en instancia, sino sólo la concerniente a los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado, y a la prueba de tales hechos. Los argumentos de puro derecho y los medios de orden público jamás constituyen materia nueva en casación, y, en consecuencia, la Corte está obligada a considerarlos. Son, por tanto, admisibles en el recurso extraordinario todos los argumentos, razones o planteamientos que tenga a bien formular el recurrente con el fin de demostrar el yerro jurídico en que incurrió el sentenciador, háyalos o no expuesto en instancia. A las razones estrictamente jurídicas expuestas ante el juzgador de primer grado pueden agregarse otras ante el de segunda, y alegarse unas nuevas en casación que la Corte tendría que examinar, puesto que, como ésta lo ha dicho, "el recurrente se presenta como defensor de la ley y a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C. Art. 9º) mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas a pretexto de que en instancia no se debatieron, ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal". (LXIII, 731). Y son igualmente admisibles en casación los llamados medios de orden público, siempre que se aduzcan con total prescindencia de ataques a la apreciación de las pruebas hechas por el sentenciador. Tal acontece v. gr., con la nulidad absoluta que el juez debe declarar de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, que aunque no se haya alegado en instancia es de recibo su planteamiento en casación por ser de orden público la norma que la consagra (L. 50 de 1936, Art. 2º). En este sentido se ha pronunciado invariablemente la Corte en nu-

merosas decisiones. (XLIV, 687; XLV, 226; LXXIV, 35; LXXXIII, 78; XC, 539).

De las muchas sentencias en que esta Corporación ha declarado inadmisibles los cargos formulados en casación por fundarse en medios nuevos cabe destacar las siguientes: a) La de 15 de febrero de 1932 (XXXIX, 478), que rechaza el reparo de hallarse unas cuentas extendidas en papel común cuando según la ley debían haberlo sido en papel sellado, por no haberse alegado ese hecho en instancia; b) La de 12 de marzo de 1936 (XLIII, 731), que repudia la alegación de invalidez de una hijuela por falta de formalidades, por no haber sido atacada la prueba en el juicio por ese aspecto; c) La de 23 de junio de 1961 (XCVI, 101), que desecha la censura por error de derecho fundada en que la partida de nacimiento de origen eclesiástico allegada al proceso carecía de estampillas de timbre nacional, por no haberse alegado tal hecho en las instancias ni tratándose en ninguna de las sentencias; y d) La de 16 de agosto de 1969 (CXXXI, 144), que desestimó la acusación por error de derecho basada en que el Tribunal le dio el valor de plena prueba a la copia de una sentencia que carecía igualmente de estampillas, "por cuanto la prueba no fue atacada en ningún momento en las instancias y, por consiguiente, el reparo que ahora se le formula no le fue sometido al sentenciador".

Esto, precisamente, es lo que ocurre con la censura que se estudia, según se expresó anteriormente, pues el hecho de aparecer practicada en fecha distinta de la que se había señalado no fue alegado en ninguna de las instancias ni considerado en ninguna de las sentencias, razón por la cual se desestima. (Casación Civil, 7 de julio de 1971).

227

NORMA PROBATORIA

El Art. 597 del C. Judicial no es norma de valoración probatoria.

El Art. 597 del Código Judicial no es norma de valoración probatoria, que confiera

mérito persuasivo a determinados medios de convicción, sino que establece uno de los presupuestos indispensables para que el juez pueda estimar el mérito de las pruebas que forman parte del proceso. (Casación Civil, 26 de enero de 1971).

228

NORMA SUSTANCIAL

No es el artículo 1947.

La única norma que señala como transgredida la censura es el Art. 1947 del C. Civil, que reza:

"El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que pagó por ella.

"El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Limitase esta disposición, como aparece de su texto, a describir cuándo se padece la lesión por una o por otra parte contratante. Esa norma, en presencia de la situación fáctica que contempla, ni crea, ni declara, ni modifica, ni extingue relaciones jurídicas entre las partes, ni frente a terceros, por lo cual no es norma sustancial. (Casación Civil, 9 de julio de 1971).

229

NORMAS CONSTITUCIONALES

Violación.

Respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales la Corte ha sostenido la siguiente doctrina: "Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da ori-

gen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º, del Art. 520 del C. Judicial, porque aun cuando es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de la ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales, que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. De ésto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Corte no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales" (XCI, 122).

Y posteriormente dijo esta Corporación: "... la violación del Art. 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurre en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad que se sana con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito" (CXVI, 150). (Casación Civil, 13 de diciembre de 1971).

230

NORMAS DE VALORACION

PROBATORIA

No lo son los artículos 597 y 648 del C. Judicial.

Pues bien, obsérvese que la censura se limitó a indicar, como disposiciones de preceptiva probatoria violadas, los Arts. 597 y 648 del C. Judicial. Estas son las únicas normas cuya infracción medio se denuncia.

Mas resulta del simple exámen de su tenor que aunque son normas instrumentales de especial importancia, pues se refieren a las oportunidades en que deben ser aducidas las pruebas al proceso para que puedan ser valoradas, ya que, en general, los documentos privados se presentan originales y sólo se admiten en copia que tenga el mismo valor en los eventos allí puntualizados, ninguna de esas dos disposiciones señala el valor persuasivo de medio de prueba alguno. Como antes se expresó, se limitan a fijar condiciones de su aporte para su valoración. (Casación Civil, 21 de julio de 1971).

231

NORMAS INSTRUMENTALES

Su violación única no lleva a la prosperidad del recurso.

El artículo 764 del Código Civil, invocado, por la censura, define la posesión regular y por exclusión del concepto la irregular. El artículo 765 clasifica el justo título en constitutivo y en traslativo de dominio y expresa cuáles son unos y cuáles son otros. Y el artículo 768 define la buena fe en la adquisición del dominio. Todos estos preceptos son simplemente instrumentales y su violación única no lleva a la prosperidad del recurso de casación, cuya oportunidad y procedencia implica el quebranto de normas sustanciales. (Casación Civil, de 29 de marzo de 1971).

232

NORMAS SUSTANCIALES

Los artículos 472 y 477 no son normas sustanciales.

Las disposiciones citadas por el recurrente en el cargo que se examina no son leyes sustanciales, sino meramente instrumentales. En efecto: el Art. 472 del C. Judicial no

regula relaciones jurídicas entre personas determinadas, sino que contiene un precepto dirigido a los juzgadores que les impone a éstos el deber de tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustanciales, entendidas como ya quedó expresado, y que, como es obvio, son distintas del referido Art. 472 que mira a la debida tutela de las mismas, y el Art. 477 ibídem, al autorizar al demandado para pedir que se cite a las personas posiblemente interesadas en la suerte de las acciones de nulidad ventiladas en un juicio, solamente confiere a dicho demandado una facultad procesal, no sustancial, inspirada en la economía jurídica, pues de no ofrecerse dicha facultad, en el evento de que el actor no hubiese llamado al juicio a todas esas personas interesadas en el mantenimiento o en la invalidación del acto sub-lite, el proceso se haría nugatorio ya que, no quedando debidamente constituida la parte demandada, se impondría la necesidad de dictar fallo inhibitorio.

En suma: por cuanto el primer cargo de la demanda de casación no cita precepto sustancial alguno que hubiera podido ser violado por el Tribunal sentenciador, conforme a la preceptiva ordenada por el Art. 63 del Decreto 528 de 1964, ha de concluirse que dicho cargo no admite estudio de fondo. (Casación Civil, 11 de febrero de 1971).

233

NORMAS SUSTANCIALES

Los artículos 1501, 1618, 1621 y 2143 no son normas sustanciales.

Nótase, en primer término, que los artículos 1501, 1618, 1621 y 2143, acusados, no son normas de carácter sustancial, entendiéndose por éstas las que, en presencia de la situación fáctica que ellas mismas contemplan, declaran, crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, e imponen obligaciones a las personas. El artículo 1501 enseña que, en cada contrato son distintas las cosas de su esencia, las de su naturaleza y las puramente accidentales, y da la defi-

nición de cada una. Los artículos 1618 y 1621 consagran reglas para la interpretación de los contratos, y, finalmente, el 2143 preceptúa que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración, que puede ser fijada antes o después del contrato, se determina por la convención de las partes, por la ley o por el juez. (Casación Civil, de febrero 4 de 1971).

234

NORMAS SUSTANCIALES

No lo son los Arts. 673, 756 y 759 del C. C.

Ninguna de las disposiciones que el cargo cita en calidad de sustanciales y como indirectamente violadas por el substanciador a consecuencia del error de hecho que le atribuye, tienen dicha calidad de sustanciales, y no dan apoyo por lo mismo para fundamentar, por sí solas, un cargo en casación dentro de la órbita de la causal primera. En efecto, ninguna de tales disposiciones es atributiva de derechos y obligaciones, que es lo que tipifica el carácter sustancial de una norma para efectos de la causal de casación aludida como que la del Art. 673 del C. C. simplemente hace la enumeración de los modos de adquirir el dominio; la del Art. 756 ibídem apenas dice cómo se hace la tradición del dominio de los bienes raíces y de otros derechos reales inmuebles; y el 759 de la misma obra, establece sólo que el registro es indispensable para que un título traslativo de dominio que deba registrarse, dé o transfiera la posesión efectiva del respectivo derecho, y no integra una proposición sustancial completa. (Casación Civil, 19 de abril de 1971).

235

NORMAS SUSTANCIALES

Los Arts. 30 de la Ley 16 de 1968, 2º del Decreto 2367 del mismo año y 725 del C. J., no son normas sustanciales.

El cargo que aquí se examina, fuera del Art. 26 de la Constitución Nacional, no cita como infringido precepto sustancial al-

guno, puesto que los Arts. 30 de la Ley 16 de 1968. 2º del Decreto 2367 del mismo año y 725 del C. Judicial, no son normas sustanciales sino meramente procedimentales, cuyo quebranto no puede ser fundamento de casación por la causal 1ª. (Casación Civil, 13 de diciembre de 1971).

236

NULIDAD

(Clausura de la investigación).

Agrega de su cuenta el demandante: "El juez carece de competencia para calificar el mérito del sumario, en el evento de que la clausura de la investigación sea precipitada", por lo cual no es aventurado hablar de incompetencia de jurisdicción, y continúa: "En este caso estamos en presencia de una nulidad legal, que aunque no sea taxativa, por estar tan entrañablemente vinculada al Derecho Constitucional de Defensa (Art. 26 de la Carta Fundamental), debe prosperar". Cita a continuación una jurisprudencia de la Corte, que estima pertinente (Id. Fls. 12 Sgt.).

Consideraciones de la Sala:

La corporación está de acuerdo con el Ministerio Público (Id. Fl. 38), en que este cargo no está fundamentado ni demostrado por ninguna parte: Sea lo primero tener en cuenta que el motivo que se invoca como nulidad de orden legal, no aparece establecido por disposición vigente al tiempo en que se produjeron los hechos argüidos ni por ninguna actual. Y, lo segundo, el que, habiéndose cumplido la plenitud de las formas propias del juicio, como efectivamente se cumplieron, habiéndose cumplido los procedimientos señalados por la ley, no se ve, ni lo intentó demostrar el demandante, que el derecho de defensa, consagrado por la Constitución Política, haya sido menoscabado en forma alguna. Si se siguiera el criterio del demandante, se llegaría a la conclusión de que sobraría la institución procesal de sobreseimiento temporal y, también del definitivo e igualmente el señalamiento por la ley de tér-

minos para cierre de la investigación, lo cual repugna a la organización procesal que rige entre nosotros.

Y, en cuanto hace relación a la cita de una jurisprudencia de esta Corte, ella es ciertamente impertinente porque, como lo anota el Ministerio Público, ella se profirió en un caso de perfiles perfectamente distintos, en un remedo de expediente dentro del cual la investigación "fue tan deficiente que ni siquiera se oyó en indagatoria a los acusados y sin embargo se les favoreció con un sobreseimiento de carácter definitivo y la Corporación sienta la doctrina, por lo demás constante, que para calificar el sumario debe preceder la indagatoria del acusado o la declaratoria de reo en ausencia. Como en este caso la acusada Ferro Camacho sí rindió indagatoria, la cita resulta impertinente". (Casación Penal, Bogotá, 22 de octubre de 1971).

237

NULIDAD

(Concepto del agente del Ministerio Público, una vez cerrada la investigación).

Ya la Corte, en oportunidades anteriores, como la sentencia "in extenso" transcribe la Procuraduría, había dicho que la abstención del Ministerio Público de conceptuar sobre el mérito del sumario, si bien constituía una falta de carácter disciplinario, imputable al Fiscal, no era causal de nulidad por cuanto el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964, vigente a la época en que se adelantó, en esta fase, el proceso contra el recurrente, derogó el 421 del G. de P. Penal, al establecer un traslado en secretaría, común a las partes entre las cuales está comprendido el Ministerio Público, que tiene tal carácter, si bien en forma "sui generis", dándole a éste el mismo tratamiento que a las demás.

No era, en consecuencia, dicho concepto indispensable para la calificación del sumario, como lo afirma el recurrente, como no lo era el de las demás partes del proceso, a las cuales la norma en cita equiparó, para

este efecto, al Ministerio Público. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

238

NULIDAD

El hecho de omitir en la sentencia la cita de las disposiciones legales en la forma en que lo ordena el artículo 159 del C. de P. P. (Art. 171, Decreto 409 de 1971) no es violatorio del Art. 26 de la C. Nal.

Tampoco constituye nulidad constitucional el hecho de omitir la cita de una disposición legal en la forma en que lo ordena el párrafo h) del numeral 5º del artículo 159 del estatuto procesal, pues con ello no se infringe el artículo 26 de la Carta Política, si, de otra parte, aparece claramente en el fallo la calificación dada al delito y el grado de responsabilidad para el autor. Además, en el presente caso, la sentencia contiene la cita de las disposiciones penales aplicables, como son las del Decreto 1821 de 1964 y conforme a ellas se justificó la condena. (Sala de Casación Penal, 1º de abril de 1971).

239

NULIDAD

El no reconocer una circunstancia de atenuación en el auto calificadorio, no constituye nulidad.

El error relativo a la demostración de la infracción, cometido en el auto de proceder, causal de nulidad señalada en el ordinal 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se enjuicia por abuso de confianza y las pruebas acreditan una estafa, o cuando se abre causa por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

En el caso sub-examine se llamó a juicio al procesado, por el delito de homicidio, y

esa es la denominación jurídica que el Código Penal contempla en el Capítulo I del Título XV para el hecho de causar a otro injustamente la muerte, acto imputado al acusado y por el cual fue declarado responsable. Luego es claro que no se incurrió, por el aspecto que se comenta, en la nulidad propuesta por el recurrente.

El personal criterio del abogado defensor de que su acudido Morales causó la muerte de la víctima en las circunstancias de atenuación del artículo 28 del C. P., no fue compartido por los jueces de derecho, quienes para rechazarlo abonaron suficientes razones (Fls. 142 del primer C. y 29 del C. quinto), ni fue aceptado tampoco por el jurado, el que afirmó pura y simplemente la responsabilidad del sindicado por el homicidio que se le formuló el juicio (Fls. 108 del C. 5º).

Frente al veredicto recaído en la causa, no estimado contraevidente por los juzgadores de las instancias, únicos facultados para esa valoración, como advierte el Agente del Ministerio Público, la sentencia tenía que hacerse, como en efecto se hizo, en armonía con él, por expreso mandato del artículo 15 del Decreto 1358 de 1964. (Sala de Casación Penal), 11 de mayo de 1971).

240

NULIDAD

La denominación de coautor que se le dé a un procesado que ha actuado en forma individual es irrelevante jurídicamente, si del análisis y contexto del fallo se precisa la existencia de un autor único.

El Tribunal condenó a uno de los procesados y absolvió a los otros, que también habían sido condenados en la primera instancia, por considerar que sólo el primero era el autor de la violación investigada. Todo el peso de la responsabilidad lo descargó sobre dicho sujeto, eliminando por completo la de los otros imputados, cuya buena fe reconoció con motivos respetables. En otros términos, individualizó la responsabilidad exclusivamente en el recurrente, y el texto

de la sentencia lo acredita en forma que no deja lugar a dudas sobre la existencia de un autor único. Si empleó la palabra "coautor", no lo hizo para referirse a personas que hubieran realizado conjuntamente la infracción, pues claramente aparece que no fue ese el sentido, sino el contrario, ésto es, el de que al absolver a los demás era porque solamente existía un responsable.

Las denominaciones de autor, coautor, cómplice primario y cómplice secundario, que la doctrina jurídica ha elaborado largamente y que la jurisprudencia ha admitido en Colombia, deben ser mantenidas, pues expresan las distintas formas de intervención en el concurso de delinquentes a que se refieren los artículos 19 y 20 del estatuto represor. El mantenimiento de esta clasificación conviene para individualizar la responsabilidad y para que cada uno de los comprometidos ejerza mejor su derecho de defensa al saber concretamente de qué se le acusa y cuáles son los actos que la justicia ha reconocido como propios de cada uno. Pero el hecho de señalar a alguien como autor, es decir como productor del acto propio, o como coautor, esto es como un realizador con otro u otros del acto, o como copartícipe necesario por prestar un auxilio sin el cual el delito ajeno no se hubiera cometido, no entraña diferencia en la penalidad, de modo que ésta se aplica uniformemente a unos y a otros. La determinación de un autor único, suficientemente explicada, y su equivocada denominación como coautor, es también indiferente desde el punto de vista jurídico, si esa denominación aparece en pugna con el contexto del fallo y con el análisis que precisa la existencia de un único sujeto responsable. No se ve que una mención de esta naturaleza pueda modificar la idea central de que se trata de condenar a una sola persona porque sobre ella recae la prueba, absolviendo a las demás, o sea a aquéllas a quienes no alcanza la acriminación en las condiciones probatorias del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto tampoco puede prosperar el cargo que se formula con base en la causal primera. (Sala de Casación Penal, 1º de abril de 1971).

241

NULIDAD

La falta de aceptación de la herencia por el demandado no produce nulidad.

La circunstancia de que no apareciera demostrada la aceptación de la herencia por parte de la demandada, no determinaría ilegitimidad de su personería, sino falta del requisito procesal denominado "capacidad para ser parte", cuya ausencia no produce nulidad de lo actuado, sino impedimento para proferir fallo de fondo. (Casación Civil, 7 de julio de 1971).

242

NULIDAD

La falta de la práctica de pruebas no genera nulidad constitucional.

Ha dicho la Corte repetidas veces que la violación directa de la ley se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la ley se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase, por tanto, de una técnica precisa,

señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal primero del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Quien alega esta violación no controvierte la prueba y muestra su conformidad, por tanto, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo recurrido, ésto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación.

En el caso sub-judice, el demandante afirma que el fallador incurrió en error de

derecho por “haber omitido la valoración de una prueba científica que tiene fuerza de ley como es el dictamen médico-legal” enfocando así el análisis “para demostrar una violación indirecta de la ley sustancial”, mas al propio tiempo aduce que “el H. Tribunal sentenciador incurrió en indebida aplicación de la ley sustancial (Art. 362 del C. Penal), norma que estima violada por el sentenciador en forma directa”.

“La confusión que crea con estos planteamientos el demandante —expresa con toda exactitud y fundamento el Procurador— impide conocerse cuál fue su verdadero pensamiento y por lo tanto él mismo inhibe al Ministerio Público y la H. Sala de Casación Penal tomar decisiones, pues que bien sabido es que los vacíos que deja el demandante no pueden ser llenados ni por aquél, ni menos por ésta. Tal mixtura de argumentaciones es equivalente a dejar desamparado el cargo por la ausencia de precisión en él, a la par que formulando violación de la ley sustancial simultáneamente en sus modalidades de directa e indirecta, se rompe toda lógica y aún más que todo el principio de contradicción, ya que uno de los quebrantos de la ley, el directo, demanda de quien lo proclame previo reconocimiento de los hechos, y el otro, vale decir, el indirecto, la negación de los mismos”. (Sala de Casación Penal, 11 de mayo de 1971).

243

NULIDAD

La inobservancia de las formalidades exigidas para la validez de un acto no genera nulidad sino existencia del mismo.

La disposición contenida en el artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, en el sentido de que cuando la ley exige expresamente para la validez de determinado acto el lleno de formalidades especiales, no genera nulidad de ninguna clase, ni está prevista en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, tal como quedaron modificados por el decreto citado, en el caso de que tales formalidades no fueren cumplidas. Dicho artículo 39 considera que el acto

consiguiente no ha tenido existencia y mal puede recaer la sanción de nulidad sobre algo que no se ha verificado. Además, la exigencia se refiere a determinado acto procesal, o sea, a una actuación muy particular como es la recepción de un testimonio, la práctica de una inspección judicial, el aporte de los peritos, por ejemplo; pero no puede referirse al fallo en el que se sintetizan todos los actos y en el que se valorizan las pruebas según los criterios científicos y legales establecidos. (Sala de Casación Penal, 1º de abril de 1971).

244

NULIDAD

Los actos procesales pueden adolecer de vicios y errores que no alcanzan a invalidarlos por tratarse de simples irregularidades intrascendentes, por no tener entidad para causar un desquiciamiento en la organización judicial o una violación del derecho de defensa. (Sala de Casación Laboral, enero 29 de 1971).

245

NULIDAD

(Manifestación de impedimento por parte de un jurado).

Es cierto que la manifestación de impedimento legal presentada por el Jurado Principal no fue hecha "en el momento mismo de la notificación de su elección", como lo indica el artículo 546 del C. de Procedimiento Penal. Y también es verdad que, ante tal impedimento expresado, no se llevó a cabo el sorteo parcial de que tratan los artículos 547, 548 y 540 de la misma obra. Posiblemente en esta irregularidad incurrió el juzgador de primera instancia en razón de que la manifestación del impedimento aludido fue realizada el mismo día en que se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento en este negocio.

No obstante, el incumplimiento de los trámites antes señalados no corresponden al caso de nulidad de que da cuenta el or-

dinal 1º del Art. 211 del C. de Procedimiento Penal, que dice:

"En los juicios en que interviene el jurado son causas de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior, las siguientes:

"1. Reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alegue la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes".

Y no corresponde a este caso, porque la nulidad de que da cuenta el precepto transcrito debe ser alegada dentro de los cinco días siguientes, lo que no consta en el proceso. (Sala Penal, Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1971).

246

NULIDAD

No constituye nulidad el reemplazar a un jurado principal en el momento de la audiencia pública.

Lo que se propuso el Decreto 1358 de 1964, al ordenar la elección de tres jurados principales y tres suplentes, fue que éstos entraran a integrar el tribunal de conciencia, cuando ocurriera la falta de uno o de varios de aquéllos, aboliendo la vieja práctica dilatoria de recurrir, en caso de ausencia de uno de los miembros del tribunal popular, al sorteo parcial ordenado por el artículo 517 del Código de Procedimiento. Tanto los principales como los suplentes escogidos en un mismo acto, tienen hoy la misma categoría y la misma función, sin que pueda establecerse diferencias entre ellos, según el artículo 25 del citado decreto, que dispone "tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados" y hacerles entrega de una copia del auto de proceder, precisamente para que todos estén en condiciones de intervenir en el juzgamiento, sin llamados especiales o requerimientos de última hora. Desde que se les notifica la designación a los seis miembros, todos y cada

uno de ellos quedan obligados a concurrir a la audiencia, en el día y hora señalados. Es natural que si para este último efecto cualquiera de los principales no puede estar presente, por cualquier circunstancia de la cual él debe responder ante el juez según el artículo 29 del Decreto 1358 de 1964, en relación con el 3º del Decreto 242 de 1951, debe ser reemplazado por un suplente en orden numérico. Sería absurdo que si un miembro del jurado muriera o enfermara gravemente en el lapso comprendido entre su elección y la audiencia, ésta no pudiera llevarse a cabo sin el sorteo parcial para reemplazar al impedido. La institución de los suplentes perdería todo valor, fuera de que se les negaría arbitrariamente una intervención que les corresponde desde el momento en que fueron escogidos. No existe, pues, irregularidad en el hecho de que se hubiera integrado el jurado con uno de los suplentes, faltando el principal, aún en el caso de que éste no hubiera alcanzado, por cualquier motivo, a notificarse del auto que señala la fecha para la audiencia.

Pero, si se admitiera que este proceder es indebido, no alcanzaría a configurar nulidad del proceso porque no está prevista como tal en el artículo 38 del Decreto 1358 de 1964, como lo subraya el Agente del Ministerio Público. Las causas para invalidar el procedimiento son taxativas, lo cual significa que no pueden ser completadas análogamente por el juzgador.

Si el reemplazo del jurado fue legítimo, es decir, si se verificó en cumplimiento del artículo 27 del Decreto 1358 de 1964, es claro que mal puede configurarse sobre esa base una nulidad de rango constitucional, fuera de que el actor no ha demostrado, ni siquiera intentado hacerlo, en qué forma se afectó o se violó el derecho de defensa del procesado. La Corte ha dicho en numerosos fallos que una sanción tan grave como es la que autoriza el artículo 26 de la Carta, debe estar precedida de una demostración perfecta respecto de las omisiones o los excesos que colocaron al procesado en situación precaria, de manera que no fuera oído ni vencido en el juicio. Por el contrario al expediente acredita, con plenitud, las actuaciones esmeradas del defensor, como lo re-

conoce el fallo recurrido, contra el cual no prospera el cargo. (Sala de casación Penal, 7 de junio de 1971).

247

NULIDAD

Nulidad o invalidez es distinto de inoponibilidad.

El Tribunal distingue erradamente los conceptos de nulidad e invalidez. Además, confunde ésta con la inoponibilidad.

Es nulo el contrato cuando carece de cualquiera de los siguientes requisitos: la capacidad de las partes contratantes (ordinal 1º del Art. 1502 del C. C.); la licitud del objeto u objetos de las obligaciones que está destinado a crear (ordinal 3º ibidem); la licitud de la causa (ordinal 4º, ibidem); consentimiento exento de vicios (ordinal 2º, ibidem); y ciertas formalidades impuestas por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (artículo 1500).

En los incisos primero y segundo del Art. 1741 se enumeran taxativamente las causas de la nulidad absoluta, que son: la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y objetos, la ilicitud de la causa y la omisión de requisitos o formalidad impuesto por la naturaleza misma del contrato. Los demás vicios producen nulidad relativa: la incapacidad relativa de cualquiera de las partes, los vicios del consentimiento y la falta de requisito o formalidad exigido por la ley en atención a la calidad o estado de cualquiera de los contratantes (inciso final del citado artículo 1741).

Conforme al artículo 1740, "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor (se subraya) del mismo acto o contrato..." De donde se concluye con toda evidencia, que, dentro del régimen civil colombiano, nulidad o invalidez son vocablos sinónimos.

Dícese que es inoponible a determinada persona un contrato, cuando el instrumento en que consta o la prueba con que ju-

dicialmente se establece no produce efecto legal alguno contra aquélla. Este concepto no acusa relación con la existencia o inexistencia real del contrato, ni con su validez o nulidad. Simplemente, deslinda su campo de aplicación. (Casación Civil, 12 de agosto de 1971).

248

NULIDAD ABSOLUTA

Sus causales.

En el artículo 1741 se enumeran taxativamente las causas de nulidad absoluta, que son: 1ª La incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes; 2ª La ilicitud de objeto; 3ª La ilicitud de la causa, y 4ª La omisión de requisito o formalidad impuesto por la naturaleza misma del con-

trato. Los contrademandantes no invocan en su

libelo ninguna de estas causales. Por lo tanto, no puede prosperar su petición de nulidad absoluta por falta de causa y falta de consentimiento. (Casación Civil, 20 de agosto de 1971).

249

NULIDAD Y SIMULACION

Son diferentes e inconfundibles.

Los fenómenos nulidad y simulación son de tal manera diferentes o inconfundibles, que no cabe interpretar que se pide la declaración de ser simulado un acto, cuando lo que se solicita es que se declare nulo, como ha ocurrido en este proceso. (Casación Civil, 20 de agosto de 1971).

250

NULIDAD

Por falta de citación o emplazamiento.

El ordinal 4º del Art. 52 del Decreto 528 de 1964, consagra la causal cuarta de casación fundada en el hecho de "haberse incurrido

en alguna de las causales de nulidad de que trata el Art. 448 del C. Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

La última disposición comprende de manera taxativa los motivos de nulidad en todos los juicios y "erige —lo ha dicho la Corte— tan sólo como tales aquéllos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o que desconocen el legítimo derecho de las partes a la defensa". (LXIV, 749). La causal 3ª del mismo se refiere a "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", entendiéndose por ella el no cumplimiento o la violación de las normas procesales que aseguran la comparecencia de las personas citadas a juicio.

El derecho a alegar la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento sólo corresponde a la persona que habiendo sido demandada, no fue citada o emplazada, ya que es la única en cuyo favor se halla establecido que se declare la nulidad del juicio al cual no se le llamó. Tal ha sido la constante doctrina de la Corte.

El Art. 312 del Código de Procedimiento Civil, ordena notificar personalmente al demandado el auto que le confiere traslado de la demanda. El Art. 199 ibídem define el traslado como "el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, de expediente o parte de él, para que expongan lo que tengan a bien", y dispone que "se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos, o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado", circunstancias éstas que deben anotarse por el Secretario en el expediente, en la debida oportunidad". Los Arts. 314 y 315 ibídem fijan el procedimiento para hacer la notificación personal al demandado del auto que le confiere el traslado de la demanda, cuando no se halle en el lugar donde se sigue el juicio y se conoce su residencia; preceptúa que ella se haga por medio de juez comisionado, a quien se libra despacho con copia de demanda, de los docu-

mentos con ella presentados y del auto que ordena el traslado, y dispone que el juez debe señalar al demandado atendidas la distancia y los medios de comunicación, un término prudencial para que se presente a estar a derecho en el juicio, vencido el cual empieza a contarse el que se haya fijado para contestar la demanda. (Casación Civil, 23 de junio de 1971).

251

NULIDAD

(Posesión del vocero)

La falta de posesión del vocero designado por el procesado para que lleve la palabra, en su nombre, dentro de la audiencia pública, no constituye nulidad ya que no hay ninguna norma legal que así lo establezca como sí existe en el caso de los apoderados y defensores a los cuales se refiere el artículo 118 del C. de P. Penal, que establece la forma como deben tomar posesión de su cargo. Tal disposición no menciona los voceros pese a que en ese mismo capítulo el III del citado ordenamiento se contempla (Art. 122) el derecho que el acusado tiene a designar uno cuando personalmente no quiere hacer uso de la palabra, lo que quiere decir que aquel artículo no le es aplicable.

Para que el vocero pueda actuar en la audiencia pública, basta con que el juez lo haya reconocido como tal a semejanza de lo que ocurre con los apoderados en los juicios civiles a los que se refiere el artículo 67 del C. J. que, por no haber disposición expresa en el Código de Procedimiento Penal sobre la legitimación para actuar de los voceros, es aplicable el caso a virtud de lo dispuesto por el artículo 8º del ordenamiento últimamente citado. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

252

NULIDAD CONSTITUCIONAL

(Ausencia de firmas en las actas de audiencia).

De conformidad con el artículo 159 del actual Código de Procedimiento Penal, las

diligencias que se practiquen en el proceso Penal (declaraciones de testigos, indagatorias, careos, inspecciones judiciales, allanamientos y registros, audiencias, etc.), deben constar en actas firmadas por el funcionario instructor o el juez o magistrado, su secretario y las demás personas que hayan intervenido.

En armonía con la norma que viene de citarse establece el artículo 515 ibídem, sustitutivo del 475 de la legislación anterior, que de lo sucedido durante la audiencia pública el secretario extenderá un acta que firmarán el juez, el secretario y las demás personas que hayan participado en ella.

También las providencias que se dicten en el proceso (autos y sentencias) deben contener las firmas del instructor o del juez o magistrado o magistrados que las profieran y del secretario correspondiente (Arts. 153 y 155 del C. de P. P.).

La falta de firma del funcionario de instrucción o del juez o magistrado, en los documentos instrumentales de diligencias o providencias unipersonales, hace inexistente el acto procesal, pues sin ella no habría certeza de la actuación en él del funcionario, que por ley es quien ejerce la jurisdicción que corresponde al Estado. En un sistema procesal predominantemente escrito como el colombiano, el documento de atestado es inseparable de la declaración o decisión que conviene y por ello es innegable que la ausencia de firma de quien tiene el poder declaratorio hace inexistente el acto, que se debe tener por no pronunciado cuando adolezca de tal vicio.

Igual es la consecuencia en tratándose de actos propios de juez colegiado, cuando carezcan de todas las firmas de los magistrados que con arreglo a la ley debían preferirlos, puesto que sólo el documento completamente firmado permite aceptar que el acto sustancial de la decisión, que pudo haberse adoptado en la deliberación oral, se ha cumplido y ratificado definitivamente.

La Sala acoge, para sustentar las procedentes consideraciones, el criterio expuesto por el tratadista Hernando Devis Echandía cuando dice que "en nuestro sistema proce-

sal (como en el italiano, el argentino e inclusive el español), se identifican en la práctica el acto procesal mismo con el documento que lo contiene y la firma con la actividad decisoria del funcionario, es decir, con el hecho de haber intervenido en su pronunciamiento, sea que haya votado favorable o desfavorablemente" (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Pág. 704).

Con respecto a resoluciones judiciales de juez colegiado, cuando por ley deban ser pronunciados por la Corporación o por una de sus Salas, su proferimiento por uno solo de los magistrados o en todo caso por número menor del llamado a la formulación, hace nula —no inexistente—, la decisión, por incompetencia funcional. De igual manera hay que considerar nulo —no inexistente —el acto procesal cuando el escrito que lo documenta carezca de una o algunas de las firmas de quienes debían suscribirlo, aunque aquél o aquéllos cuyas firmas se omitieron hubieran participado en la adopción de la decisión, ya que la firma es la prueba insustituible de la intervención en el acto y la ratificación del voto. La providencia que aparezca firmada por un número menor de los magistrados que debían autorizarla, aunque ello pudiere explicarse por omisión involuntaria o yerro de secretaría, adolece de nulidad, en razón del fenómeno de la competencia funcional, que reclama la firma de todos los que debían rubricarla.

Si la firma del juez o de magistrados es requisito de la esencia, por ser la forma indispensable de legalizar los documentos públicos, especie a la cual pertenecen las actas de diligencias y providencias judiciales, y la consecuencia de la falta de aquélla puede ser la inexistencia del acto o la nulidad del mismo, según los casos y como antes se precisó, no acontece lo mismo con la ausencia de la firma del secretario, que es requisito meramente formal o accidental, pues el secretario no tiene el poder decisorio emergente de la competencia, que es exclusivo del juez o tribunal y cuya firma en el acto en que ejerce su actividad es suficiente para darle fuerza al instrumento. Sobre es-

te punto observa el profesor Devis Echandía lo que pasa a transcribirse:

"Tampoco es necesaria la firma del secretario para la validez de la sentencia o cualquiera otra providencia que lleve las firmas del juez o de los magistrados que deben concurrir a su votación, porque no se trata de un requisito sustancial. Por tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquéllos, no puede constituir una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible, como tal, de producir nulidad; representa apenas un requisito de la autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera como pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que, sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación. En este sentido se ha pronunciado la Corte Colombiana" (Ob. Cit., Pág. 699).

Si la carencia de la firma del secretario no afecta la validez de una sentencia, ya es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor categoría. Y si la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple "cuestión de constancia", empleando una expresión de Guasp, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión de un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, jurado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971, y que aquí se reafirma.

La audiencia pública en el proceso penal, como observa el Procurador Delegado, es un acto único, jurídicamente indivisible, así se

cumpla en varias sesiones y con soluciones de continuidad en el tiempo. Por ello no es necesario hacer actas separadas de las reuniones cuando el juicio se realice en días distintos, como lo acostumbra muchos juzgados superiores. En rigor la ley manda elaborar una sola acta, pues el artículo 515 del estatuto procesal prescribe textualmente:

“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”.

A voces de la disposición transcrita, es evidente que no es necesario hacer actas parciales, con todas las formalidades, entre ellas las firmas, cuando la audiencia se cumpla con interrupciones, que en los juicios en que interviene el jurado —conviene recordarlo— no pueden ser por lapsos mayores de dos días cuando no exista causa de justificación (Art. 563 del C. de P. P.).

Por las razones que se dejan expuestas, la Sala reafirma la doctrina expuesta en la sentencia de 14 de abril de 1961, citada por el apoderado demandante, publicada en la G. J., T. XCV, Págs. 528 y ss., en cuanto en ella se reitera que la falta de firma del juez en el acta de la audiencia pública deja incompleto y sin autenticidad el documento, que con esa imperfección no puede tenerse como prueba de los hechos en él relatados, y la omisión se traduce en violación de las formalidades propias del juicio y constituye nulidad constitucional, tesis que se sostuvo en fallo de 24 de marzo de 1960 (G. J., T. XCII, Págs. 557 y ss.). Mas la ratifica (la sentencia de 14 de abril de 1961) en cuanto de ella y de sus antecedentes se desprende que la falta de la firma del juez “en el acta de la primera sesión de la audiencia “es causal de nulidad, pues ya se vio cómo no es siquiera preciso hacer actas parciales de la audiencia, ya que basta una sola, la que debe suscribirse al finalizar la vista pública, y la carencia de la firma del juez en ella la hace en rigor

jurídicamente inexistente, con la consecuencia de la nulidad de los actos procesales vinculados a la audiencia o consecuenciales a la misma. (Casación Penal, Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1971).

253

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EN LITIGIO

Objeto ilícito.

Dispone el Art. 1521 del C. Civil que hay objeto ilícito en la enajenación: a) De cosas que no están en el comercio; b) De derechos o privilegios que no pueden transferirse; c) De cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; y d) De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del asunto.

Quando se trata de los casos comprendidos en los literales “c)” y “d)” del párrafo anterior, vale decir, cuando se refiere a bienes embargados o en litigio, en tratándose de bienes inmuebles, no puede hablarse de que exista “enajenación”, si el contrato o título que contiene la voluntad de disposición no estuvo seguido del registro o tradición.

La locución “enajenación” es de contenido específico y difiere del contrato de compraventa, porque al paso que la primera constituye la transferencia del derecho de una persona a otra, el segundo apenas crea la obligación de transferir. “En un sentido estricto y más propio —sostienen los tratadistas chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva— la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otros términos, la enajenación es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho ya existente para que pase a formar parte de otro patrimonio diverso (Curso de Derecho Civil, Pág. 157).

Como la enajenación implica incuestionablemente el desplazamiento de un derecho del patrimonio de una persona al de otra, se ha dicho por la doctrina y la juris-

prudencia, conforme a la ley, que ella sólo se configura cuando concurren título y modo, mas no cuando apenas existe el primero.

En sentencia de 13 de mayo de 1968, aún no publicada, dijo la Corte: "La enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslativo, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por éste. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría el mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados por él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto pueda ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del Art. 1521 del C. C. y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla".

Luego en sentencia de 7 de mayo de 1969, tampoco publicada aún, reiteró la Corte su tesis, en los siguientes términos; "Primera, la simple razón formular, pues el Art. 1521 en su inciso 3º sólo habla de haber objeto ilícito en la "enajenación" de las cosas embargadas por decreto judicial. Mas, la enajenación de las cosas por acto entre vivos, es decir su traslado de un patrimonio a otro, no se produce sino por el modo de la tradición, y tratándose de inmuebles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (Arts. 756, 759 y 2637 inciso 1º C. Civil).

"Así que, en definitiva, lo que realiza la enajenación de un inmueble por actos inter vivos es el registro del instrumento que la estipula. Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título —lo que no podría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado o el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello—, por el solo otorgamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de dueño, permaneciendo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreedor embargante. Vale decir que hasta

ese momento no habrá ocurrido 'enajenación' alguna que caiga bajo la prohibición que se contempla".

Posteriormente, en sentencia de 27 de junio de 1970 igualmente no publicada, la Corte reafirmó el criterio anterior. (Casación Civil, 22 de enero de 1971).

254

NULIDAD SUPRALEGAL

De igual manera hay que rechazar el segundo cargo, que en el mismo ámbito de la norma que se acaba de citar, aduce el recurrente y que hace consistir en que, por haber quedado en la etapa que se anuló, el poder que el procesado confirió a su defensor, al igual que el reconocimiento y posesión de éste y no haberse repetido tal trámite una vez que se declaró la nulidad, el procesado quedó sin defensa.

Esto no es materialmente cierto, en primer término, porque sería excesivo rigor considerar que una actuación, como el poder conferido por el procesado, el reconocimiento y la posesión correspondientes, pueden quedar afectados por una nulidad que se refirió a otras actuaciones del juzgado, por completo ajenas a las mencionadas, que se ajustaron perfectamente a la ley.

En segundo lugar, el procesado estuvo en todo momento asistido por un abogado y no en cualquier forma, sino de un modo activo y eficiente. De manera que no quedó desprovisto de consejo legal en ningún momento ni se dejó de hacer nada en su defensa. (Sala de Casación Penal, Bogotá, D. E., 5 de octubre de 1971).

255

NULIDAD SUPRALEGAL

Se ratifica la doctrina de la Corte, sobre las cuatro garantías, consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales

tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

“De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se “contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional; sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

“La Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta dónde van su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no sólo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

“Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico”.

En el caso sub-judice, el demandante no indica cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador, ni expone el concepto de la violación.

“La Casación —ha expresado la Corte en diversos casos similares— no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

“Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto”. (Sala de Casación Penal, 30 de abril de 1971).

256

NULIDADES

Decretada la nulidad procesal el a-quo no puede pronunciarse a fondo, mientras no se haya subsanado la irregularidad.

Esta Sala de la Corte se abstendrá de considerar los fundamentos de tal proveído, porque observa que éste no pedía ser dicta-

do en el momento procesal en que lo fue. En efecto, en auto de 19 de noviembre anterior, el mismo Tribunal (Fl. 58) declaró nulo lo actuado a partir del de fecha 29 de septiembre de 1970 (Fl. 53), que declaró cerrada la investigación, y ordenó "a la Secretaría la elaboración de las copias pertinentes, para que en proceso separado se investiguen los cargos relativos a la intervención en política "imputados al mencionado ex-juez; y posteriormente dictó el de sobreseimiento definitivo, sin que hubiera sido repuesta la actuación afectada de nulidad que incluía el auto de clausura de la investigación, vale decir, que ésta permanece abierta, de manera que no podía producirse el pronunciamiento del *a-quo* sometido a consideración de la Corte por que pretermitieron las previas formalidades esenciales. (Sala Penal, marzo 16 de 1971).

257

NULIDADES PROCESALES

La actuación de abogado suspendido es punible pero no inválida.

Las nulidades procesales, que consisten en las irregularidades, vicios u omisiones de trascendencia tal que afecten la validez de los procedimientos establecidos por la ley como camino necesario para alcanzar la efectividad de los derechos subjetivos, encuentran su fundamento en el desconocimiento de las bases de la organización judicial o de los postulados atinentes a la defensa de los litigantes.

El Código Judicial de 1931, vigente cuando se interpuso el recurso extraordinario que aquí se decide y por tanto cuando se inició este juicio, destinaba todo el Capítulo VII del Título XII de su Libro 2º a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integraban las normas que señalaban las causas de nulidad en todos los juicios y en algunos especiales, así como las que determinaban las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias.

El legislador de entonces, como también lo hizo el del año de 1970, adoptó como principio básico en esta materia el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, las causales de nulidad, ora se trate de las generales para todo proceso, o ya de las especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas.

El ordinal 2º del Art. 448 del C. J. elevaba a la categoría de nulidad general "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante", cuya razón de ser está en violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Como la ley no ha consagrado la nulidad por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, la ilegitimidad de la personería en quien figuraba como apoderado judicial, constitutiva de nulidad, no podía hallarse sino en los casos en que quien así actuaba no tenía poder, o el conferido adolecía de alguna deficiencia o informalidad. Sólo en estos casos podía quedar cercenado o desconocido el derecho de defensa de los intereses de la respectiva parte y consiguientemente la nulidad venía a cumplir su objetivo propio.

Cuando el abogado que actúa en juicio como apoderado de una de las partes contendientes tiene suspendido el derecho de ejercer la profesión, es indudable que lo hace ilegalmente, desde luego que esa intervención implica el quebranto de una prohibición impuesta por autoridad competente con el propósito de mantener a tono el sentido ético de la abogacía. Su ilegal conducta reclamará sanción disciplinaria para él y para los funcionarios que la hayan permitido; comprometerá la responsabilidad civil y penal del profesional, pero no puede pro-

ducir la invalidez de los actos procesales ejecutados, puesto que la nulidad tiene que fundarse solamente en informalidades cuya ocurrencia origine lesión al derecho de alguna de las partes, y con tal ocurrencia este menoscabo no lo sufre ni el litigante a cuyo nombre actúa el abogado suspendido, ni mucho menos su adversario.

El conjunto de las normas reguladoras de la teoría de las nulidades procesales, contenidas en el referido Código Judicial, permitía poner de manifiesto que fue voluntad del legislador la de que, por regla general, todo lo concerniente a dicha materia se discutiera y decidiera dentro del proceso en que habían ocurrido. Sólo excepcionalmente, tratándose de las causales por falta de citación o emplazamiento en la forma legal o por ilegitimidad de la personería, autorizaba que se alegaran y declararan en otro juicio, por vía de acción o de excepción cuando se estaba ejecutando la sentencia.

Para alcanzar la meta fundamentalmente perseguida dicho estatuto establecía tres medios. Consistía el primero en la facultad conferida al juez para poner en conocimiento de las partes la nulidad advertida, con el objeto de invalidar lo actuado si la causal no se allanaba, o de declararla de plano si era inallanable (Art. 455). Estribaba el segundo en el derecho consagrado para que las partes pidieran por la vía incidental, "en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia", la declaración de las nulidades que afectaban la actuación (Art. 456). Y radicaba el tercero en la autorización que se concedía a las partes para alegar las nulidades generales como causal de casación, siempre que no hubieran sido saneadas.

Dentro de los principios que gobernaban el régimen de las nulidades procesales se enlistaban además, como también lo hace hoy el estatuto procedimental vigente, el de la protección y el de la convalidación. Fúndase el primero en la necesidad de consagrar la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y consiste el segundo en que la nulidad, salvo contadas

excepciones, desaparece del juicio por efecto del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio.

El consentimiento expreso como medio para sanear o convalidar una actuación viciada de nulidad, en tratándose de ilegitimidad en la personería del apoderado, lo consagraba el Art. 450 del C. J., en su ordinal 3º, al preceptuar que no se estructuraba "cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado"; y el saneamiento por consentimiento implícito lo proveía también esa disposición en su numeral 4º. (Casación Civil, 20 de octubre de 1971).

258

OBJECIONES A LA PARTICION

Incidente que regula el Art. 1151 del C. Judicial.

El incidente de especial y previo pronunciamiento que regula el artículo 1151 invocado en la censura, es el que se promueve antes de efectuarse la partición y solamente con el fin de dirimir el desacuerdo acerca del derecho que tenga el constructor de habitaciones o ejecutor de otras labores o mejoras, como reza la disposición citada. Este incidente no puede confundirse con el que nace de objeciones formuladas al trabajo de partición, evento en el cual, al decidirlo, si el juez estima infundada la objeción, aprueba la partición, todo lo cual se declara en la misma sentencia. Así lo preceptúa el Art. 984 del C. Judicial en su inciso 5º, aplicable al juicio divisorio por disposición del Art. 1152 *ibídem*.

Es más, la competencia que tiene el juez para aprobar o rechazar un trabajo de partición no está sujeta a que previamente se decidan los incidentes que surjan por objeciones a la partición. Y ni siquiera se suspende aquélla en el caso en que, debidamente propuesto el incidente a que alude el Art. 1151 del C. Judicial, el juez aprueba la partición sin haber resuelto previamente aquel artículo. En esa hipótesis, el fallo sería vulnerable, lógicamente, mas no porque

el juez careciera de competencia. (Casación Civil, 15 de febrero de 1971).

259

OBJETIVOS DEL RECURSO DE CASACION

El carácter extraordinario y por eso mismo restringido de la casación no le quita la doble finalidad que persigue todo recurso, cual es, concurrentemente con la defensa de la ley, la reparación del agravio de que se cree víctima una de las partes intervinientes en el proceso. Buscar en este momento especialísimo el interés exclusivo de la ley, es pretender que la casación se convierta en una acción pública, desnaturalizando la progresiva misión históricamente conformada, como examen de los fundamentos del fallo propuesto por quien demuestra que la decisión entraña un tratamiento injusto. El recurso existe y funciona como garantía del respeto a la norma pero también como discernimiento del derecho particular negado, y de ese doble soporte surge el de uniformar la interpretación por vía de jurisprudencia. Son dos cuestiones inseparables, que pueden aislarse y aún contraponerse en el ámbito conceptual, mas no en el de las declaraciones lógicas a que se contrae toda sentencia. Son, si se prefiere, dos facetas del mismo objeto, dos partes de una misma estructura o, empleando otros términos, los dos requisitos necesarios de una común existencia.

El sistema procesal colombiano no dejó de reconocer esta convergencia, ni aún bajo el estatuto vigente hasta el 30 de junio de 1971, cuyo artículo 519, apartándose del artículo 149 de la Ley 40 de 1907 y del Código de Arbeláez de 1923, suprimió, entre los fines de este recurso extraordinario "enmendar los agravios inferidos a las partes". Pues inclusive bajo este régimen, la Corte entendió que "en la acusación de una sentencia y en el fallo de casación, se tiene en cuenta y se busca la defensa de la ley, pero se procede por una acción de carácter privado, porque el fallo acusado, sea o no violatorio de la ley, no perjudica ni aprovecha sino a

los que han litigado" (Casación Civil, 1º de junio de 1936, G. J., T. XLIII, Pág. 712).

Y luego, en decisión del 31 de mayo de 1952 (G. J., T. LXXII, Pág. 236), fue todavía más comprensiva: "El recurso de casación, aunque tiene por fin principal el de unificar la jurisprudencia, siendo de interés eminentemente público, sin embargo no alcanza a revestir el carácter de acción pública o, hablando más estrictamente, de acción popular, porque se le hubiese establecido en el solo interés de la doctrina y de la ley. Se requiere, como requisito indispensable, acreditar el mismo interés práctico constitutivo de lo que suele llamarse personería sustantiva, sin la cual no se da acción alguna en el fuero del derecho privado".

Regresando al abolido finalismo del recurso, el artículo 365 del actual Código de Procedimiento Civil, aplicable a las materias criminales por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal hoy vigente, incorporó, bajo el título de fines de la casación, esta norma: "El recurso de casación tiene por fin principal uniformar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida".

Son, pues, dos los objetivos que se persiguen en este debate: primero, uniformar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, poner punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se funden en uno solo, sin que puedan aislarse o escindirse, ni darle al uno mayor extensión que al otro, ya que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque únicamente se afecte el interés individual, se viola también el ordenamiento jurídico general y se pone en duda la correcta administración de justicia.

Si alguien, en lo civil o en lo penal, impulsado por el ánimo de defender el imperio general de la ley, se presenta en casación dejando de lado la reparación de las lesiones sufridas en el fallo, más aún, tratando de obtener, con el pretexto de las satisfac-

ciones públicas o sociales, consecuencias más gravosas, desconoce la índole del recurso, recorta su finalidad y se sitúa al margen de los dos presupuestos imperativos señalados por la ley. En tales condiciones faltando una de las cuestiones esenciales del debate provocado, éste no puede seguir con el estudio de la impugnación, cualquiera que fuere la índole de los cargos y los argumentos en que se apoye. Si la pretensión no se dirige a reparar el agravio, sino más bien a aumentar sus proporciones, es ilegítima por lo mismo que persigue obtener una nueva determinación dañosa. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 22 de octubre de 1971).

260

OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR

No es correcta la interpretación dada por el ad-quem al referido ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice que el trabajador está obligado a prestar únicamente el servicio específico que se comprometió con el patrono, toda vez que dentro de la facultad contenida en el ius variandi del patrono está el de poder libremente trasladar al trabajador manteniéndole las condiciones contractuales y legales en relación con el salario y la categoría, así que el legislador no tuvo en mente al preceptuar que una de las obligaciones especiales del trabajador, la de realizar personalmente la labor, constreñir la libertad del empleador para variar las condiciones del trabajo dentro de los límites que le señalan la ley y el respectivo contrato. (Sala de Casación Laboral, febrero 10 de 1971).

261

PARTE CIVIL

Casos en que el juez de instrucción puede admitir la demanda.

Puede ser también competente para decidir sobre la admisión de la demanda de parte civil el que está instruyendo el proceso, pero sólo en aquellos casos en que su competencia viene directamente de la ley, es decir cuando del proceso aún no ha

conocido el juez que ésta señala para tomar las decisiones de fondo.

Es competente, por ejemplo, para resolver sobre la admisión de esa demanda un juez de instrucción que esté investigando un homicidio pero cuando él ha iniciado la investigación y ésta no ha pasado aún al juez superior. Si ya esto ha sucedido, la decisión sobre parte civil sólo puede tomarla éste último, sin que sea posible que comisione para tal efecto. (Sala Penal, 29 de mayo de 1971).

262

PARTE CIVIL

Funcionario a quien corresponde admitirla.

Es necesario advertir que si bien el Código de Procedimiento Penal establece, en su Art. 113, que "la constitución de parte civil podrá intentarse en cualquier estado del proceso", ello no quiera decir que sobre la solicitud respectiva puede resolver el funcionario que, en el momento de hacerla, esté actuando en él.

Porque también el artículo 153 del mismo ordenamiento dispone que "en cualquier estado del proceso" se podrá dictar la providencia de que allí se trata y eso no significa que esté facultado para hacerlo el funcionario que en ese momento tenga el proceso en sus manos sino que debe hacerlo, y así lo ha entendido la doctrina, de modo unánime, el juez competente.

Otro tanto ocurre con la admisión de la demanda de parte civil, que sólo puede hacerla el juez competente, como lo manifestó la Corte en el auto recurrido, empleando la expresión "juez" que es la misma usada por el legislador en los Arts. 118, 119, 120, 128, etc. (Sala Penal, 29 de mayo de 1971).

263

PARTE CIVIL

No se puede comisionar para la admisión de la demanda.

El Tribunal Superior de Barranquilla aprehendió desde un principio el conoci-

miento del proceso, dictando el auto cabeza del mismo y luego comisionó a un juez de instrucción para la práctica de las diligencias allí ordenadas.

La competencia de éste último, no es, por lo tanto primaria, es decir, no proviene directamente de la ley, sino delegada, o sea, transmitida por aquél que ha sido señalado en ésta para juzgar en el fondo, en éste caso, al Tribunal Superior de Barranquilla. Es, entonces, a éste al que corresponde, en forma exclusiva, decidir sobre si se admite o no la parte-civil, sin que pueda desprenderse de esa potestad para que la ejerza, por comisión, otro funcionario.

El funcionario comisionado no podía adquirir competencia para resolver sobre la admisión de la parte civil, y al pronunciarse al respecto incurrió en la nulidad por incompetencia de la jurisdicción. (Sala Penal, 29 de mayo de 1971).

264

PARTICION

Quando se demanda la división de un fundo implícitamente se pide la de los demás bienes que lo integran.

Los Arts. 658. 661 y 1886 del C. Civil, aplicables a operaciones jurídicas sobre inmuebles, indican que, tratándose de bienes raíces, deben comprenderse naturalmente en éstos los inmuebles por adherencia y por destinación; el último precepto de los citados dispone que en la venta de una finca se comprenden naturalmente todos los accesorios que, según los Arts. 658 y siguientes, se reputan inmuebles. Siguese de lo anterior que cuando se demanda la división de un fundo común, implícitamente se está pidiendo la de los demás bienes que naturalmente lo integran, por lo cual la demanda de división no tiene que especificar, como equivocadamente lo sostiene el recurrente, cada uno de los bienes que componen el fundo, pues, como quedó visto, éste no está compuesto por la tierra solamente. (Casa-ción Civil, 15 de febrero de 1971).

265

Pena imponible al autor de un homicidio preterintencional.

La pena imponible al autor de un homicidio preterintencional, infracción por la cual fue condenado, como queda dicho, Nonato Cardoso Villa, es de presidio de cuatro a nueve años y cuatro meses, de conformidad con lo prescrito en el Art. 365 del C. P., que dice:

“El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362. disminuida de una tercera parte a la mitad”.

Si la sanción mínima prevista en el Art. 362 es de ocho años de presidio, y la máxima reducción que autoriza el Art. 365 es de la mitad, es obvio que la pena mínima para el homicidio preterintencional es de cuatro años de presidio. Y si la sanción máxima contemplada en el Art. 362 es de catorce años, y la mínima reducción que sobre ella se faculta en el Art. 365 es de la tercera parte, equivalente a cuatro años y ocho meses, el máximo de pena imponible al agente del homicidio ultraintencional es necesariamente de cuatro años y cuatro meses de presidio.

Por lo tanto, como al acusado Nonato Cardoso Villa se le aplicó una pena principal de diez años de presidio, resulta palmar el exceso de los juzadores en la imposición de la sanción, explicable por errónea interpretación del Art. 365, al que se dio en lo tocante a la penalidad un alcance que no tiene, con lo cual se violó la ley penal sustancial, concretamente la norma citada, como también el Art. 36, que manda aplicar la sanción al delincuente “dentro de los límites señalados por la ley”.

Por consiguiente, pese a las deficiencias del escrito de demanda en la presentación del cargo atinente a la pena impuesta al inculcado Cardoso, la Corte encuentra procedente la primera de las tachas formuladas en el ámbito de la causal 1ª de casación, y hará en consecuencia la declaración

correspondiente para corregir el yerro y restaurar el derecho violado. (Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

266

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

No permite la ley, la suma de tiempo dentro de los dos órdenes de relación para los efectos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, puesto que las dos situaciones de derecho son distintas, y cada una de ellas se mueve dentro de una órbita especial de normas sustantivas y de jurisdicción. Son dos regímenes estatutarios que se mueven en planos diferentes.

Y es apenas lógico que así suceda, porque no obstante que es uno mismo el patrono de empleados y de obreros, son dos distintos los vínculos de unión establecidos y reconocidos por la ley. Y en tanto que el legislador no resuelva darle unidad institucional a los dos tipos de relación, habrá que subordinarse a los términos muy claros de la legislación vigente. (Sala de Casación Laboral, enero 26 de 1971).

267

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION

El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente en el momento de la terminación, dice que la pensión especial por despido injusto después de quince años de servicios, "principia a pagarse cuando el trabajador despedido llegue a los cincuenta (50) años de edad, pero su derecho a ella debe reclamarlo dentro del término de un (1) año contado a partir del despido".

No hay constancia de que el trabajador hubiera reclamado la pensión especial entre el 1º de mayo de 1960, fecha del despido, y el 30 de abril de 1961, luego se cumplió la prescripción alegada por el patrono y que la jurisprudencia había registrado respecto al artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

No puede darse aplicación a la Ley 171 de 1961, porque el 1º de febrero de 1962, fecha de vigencia de la citada Ley, no estaba vigente o en curso el contrato de trabajo de Manuel B. Angarita N., y su situación estaba definida o consumada conforme a las leyes.

De lo anterior resulta que el demandante no tiene el derecho reclamado y que han de mantenerse las decisiones del juez de primer grado. (Sala de Casación Laboral, julio 10 de 1971).

268

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION

La pensión ordinaria consagrada en el artículo 260 del C. S. del T. y la especial de que trata el artículo 267 de la misma obra, son diferentes no solamente en su cuantía, sino también en los hechos generadores de los derechos. Mientras la pensión ordinaria no requiere sino tiempo servido y edad, la especial exige también el despido sin justa causa.

La sentencia acusada admite que el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente cuando el trabajador fue despedido, establecía una prescripción corta, de un año, para reclamar el derecho, y que de ahí se ha sostenido la carencia de acción de los trabajadores que no reclamaron en tiempo para solicitar la jubilación. Sin embargo, el mismo fallo concluye que por ser iguales las pensiones ordinaria y especial salvo en la cuantía, no hay fundamento lógico para aceptar la prescripción alegada respecto al estado de jubilado, aunque sí para las mesadas no reclamadas oportunamente.

Es equivocado el entendimiento del Tribunal. La pensión ordinaria consagrada por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la especial de que trata el artículo 267 de la misma obra, son diferentes no solamente en su cuantía, sino también en los hechos generadores de los derechos. Mientras la pensión ordinaria no requiere sino tiempo servido y edad, la especial exige también el despido sin justa causa. El

artículo 260 obliga a las empresas de capital no inferior a \$ 800.000.00, a pagar pensión de jubilación al trabajador que hubiere servido 20 años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores al Código, y hubiere llegado o llegare a 55 años de edad si es varón o 50 si es mujer. El artículo 267 obligaba a los mismos patronos a pagar pensión especial cuando el trabajador con más de 15 años de servicios continuos o discontinuos fuera despedido sin justa causa, el pago se hacía desde el día en que cumpliera 50 años y el derecho debía reclamarse dentro del año siguiente al despido.

Asimismo, había diferencia en cuanto al tiempo servido; 20 años en la ordinaria, entre 15 y 20 en la especial. La edad era diferente, en la ordinaria 55 años para el varón y 50 para la mujer; en la especial 50 años para ambos.

La terminación del contrato podía obedecer a cualquier causa en la ordinaria, en la especial se requería despido injusto.

Además, el artículo 267 del Código citado, consagra evidentemente la prescripción de un año contado a partir del despido, sin que sea posible entender que tal precepto deja imprescriptible la pensión en él establecida.

El sentenciador apoya su interpretación en un tratadista colombiano de Derecho Laboral, pero olvida que en la obra que cita y en la página 163, el mismo autor se refiere a la pensión especial del artículo 267 y dice: "pero el derecho a reclamarla prescribe en un año, contado a partir del despido". Además, cuando el aludido expositor habla de la imprescriptibilidad del derecho a jubilación, se refiere expresamente a las pensiones consagradas por la Ley 171 de 1961 y no a la determinada en el dicho artículo 267.

También se respalda el fallador en la jurisprudencia sobre imprescriptibilidad del status de jubilado, sin advertir que esa jurisprudencia se ha referido siempre a la pensión ordinaria, o sea, a que cumplidos el tiempo de servicios y la edad requerida por la ley, se produce el estado de jubilado,

pero sin relación a la pensión especial de que hablaba el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es admisible el argumento del opositor en el sentido de que la prescripción es una mera expectativa, una potestad renunciabile, porque la prescripción de las acciones es un derecho de defensa que como muchos derechos pueden renunciarse, pueden dejarse de ejercitar, sin que pierdan el carácter de tales, y es mera expectativa mientras no se cumpla el término de la prescripción, pero constituye un derecho cuando se vence dicho lapso.

Por otra parte, la situación jurídica laboral se consume o define al terminar el contrato de trabajo, pues al romperse los vínculos jurídicos no puede hablarse de situaciones no determinadas. En cuanto a la prescripción, ella se vuelve situación definida o consumada cuando se cumple sin interrupción, el plazo legal para que se adquieran los derechos o se extingan las acciones.

Al interpretar erróneamente el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador también violó el 260 de la misma obra por considerar que eran iguales en su contenido dispositivo, el 16 del mismo estatuto por aplicar la Ley 171 de 1961 a un contrato que no estaba vigente o en curso en el momento de empezar a regir la ley, ya que el contrato terminó el 9 de diciembre de 1958, y la ley empezó a regir el 1º de febrero de 1962; y las normas sobre reajuste de pensión, que consecuencialmente aplicó no siendo el caso de hacerlo.

La tesis del opositor de que la derogatoria de una prescripción produce efectos en cuanto a una ya cumplida bajo la ley anterior, no solamente no tiene soporte en la doctrina transcrita, porque allí se dice: "la nueva ley domina la prescripción no consolidada", lo cual es distinto a que se pueda aplicar frente a una prescripción cumplida, sino también porque el principio establecido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 es precisamente el de dar eficacia a la ley modificatoria de la prescripción, pero solamente en el caso de que no se hubiere cum-

plido el tiempo de la primera cuando se promulgue la ley modificatoria. (Sala de Casación Laboral, julio 14 de 1971).

269

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION

En los casos previstos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que subrogó los artículos 262 y 267 del C. S. del T., es posible la condena de futuro cuando se trata de despido sin justa causa.

La base fundamental del cargo estriba en que la pensión jubilatoria fue decretada por el *ad-quem*, sin que el actor haya llegado a la edad de sesenta años, e interpreta por tanto el censor que este requisito es exigible para las pensiones especiales y sin cuyo acaecimiento considera que no se tipifica el derecho y que como consecuencia no puede hacerse ese ordenamiento.

Sobre este preciso particular, esta misma Sala de la Corte, en sentencia de fecha veinte de abril de mil novecientos sesenta y ocho se pronunció de la siguiente manera:

“(…) a) En los casos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que subrogó los Arts. 262 y 267 del C. S. del T., es posible la condena de futuro cuando se trata de despido sin justa causa, pues en este caso la edad requerida es simple condición para la exigibilidad del pago de la misma, y en cuanto el derecho a ella se causa por el despido injustificado después de diez años de servicios a la misma empresa.

“b) En el evento de pensión ordinaria o plena del artículo 260 no cabe la condena de futuro, por regla general, ya que el derecho a ella nace a la vista jurídica al cumplirse estos dos requisitos: cincuenta y cinco años de edad para los varones y cincuenta para las mujeres y veinte de servicios a la misma empresa. Estos requisitos no son meramente condiciones para la exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente.

“c) Por excepción, cabe condena de futuro en el mismo evento anterior, cuando el

trabajador ha cumplido la edad y el tiempo de servicio indicados; pero continúa laborando para la misma empresa, sólo que el pago correspondiente no podrá exigirse sino desde la fecha de retiro del mismo”. (Sala de Casación Laboral, agosto 19 de 1971).

270

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

(Sala de Casación Laboral, enero 20 de 1971).

271

PERSONERIA SUSTANTIVA O LEGITIMACION EN CAUSA

La personería sustantiva, últimamente calificada por la doctrina como legitimación en la causa, no alude a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte: constituye, como lo ha dicho la Corte, uno de los requisitos que han de concurrir para que el demandante obtenga sentencia favorable a su pretensión. Dada su naturaleza la legitimación en la causa, ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez, no constituye un presupuesto procesal y por consiguiente su falta no conduce a fallo inhibitorio, ni vicia de nulidad la actuación, sino que trae como consecuencia la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado. (Casación Civil, 18 de octubre de 1971).

272

PETICION DE HERENCIA

No se requiere que el demandado ocupe materialmente especies del acervo hereditario.

Estatuye el Art. 1321 del C. C. que “el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en su calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como in-

corporales; y aún aquéllas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente sus dueños”.

Se ha definido la acción de petición de herencia que consagra el precepto transcrito, como la que tiene el legítimo heredero de una persona fallecida contra el que pretende o tiene la herencia llamándose heredero, con el fin de que a aquél se le reconozca esta calidad, como sucesor, único o concurrente, y se le restituya la herencia. “No requiere para su prosperidad —ha dicho la Corte— que el demandado ocupe materialmente especies pertenecientes al acervo hereditario, porque es obvio que si en una misma demanda se puede abrazar al heredero putativo y al tercero que posee bienes de la comunidad herencial, es porque la petición de herencia, en sí no comprende esencialmente sino la declaración de heredero único, de mejor derecho o concurrente, en relación con la parte demandada, y que la restitución de los bienes es un efecto que puede lograrse del sucesor aparente, si los tiene, o de los terceros que los tengan, incorporando a herederos y terceros en la misma demanda, o por separado contra éstos posteriormente.

“... Esta jurisprudencia —agrega— debe sostenerse, por estas razones:

“A) La aceptación expresa o tácita de la herencia, es signo inequívoco de que una persona asume el título de heredero, y por lo mismo, la forma más vigorosa y amplia de contradecir el derecho del verdadero sucesor o de quien esté llamado a participar también en la herencia.

“B) Aceptar una herencia es ocuparla, en un sentido jurídico, porque es refrendar irrevocablemente la posesión que le fue dada al heredero por ministerio de la ley, desde la delación” (LXXIX, 536). (Casación Civil, 3 de mayo de 1971).

273

Prenda de cosa ajena, es válida.

que aportó a la sociedad, la prenda que constituyó posteriormente sobre doscientas de ellas vino a recaer sobre cosa ajena; y si bien es cierto que la prenda de cosa ajena es válida al tenor del Art. 2415 del C. C., los derechos del dueño, sin embargo, no se afectan por tal motivo. (Casación Civil, 27 de agosto de 1971).

274

PRESCRIPCIÓN

Adquisitiva y extintiva; como acción y como excepción.

El artículo 2512 del C. C. distingue la prescripción adquisitiva o usucapión de la prescripción extintiva. La primera es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas que están en el comercio, por haber sido poseídas con las condiciones legales; la segunda es un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haberse ejercido durante cierto tiempo y siempre que concurren los demás requisitos de la ley. Aquélla, dada su naturaleza, ha de hacerse valer como pretensión a efecto de obtener la declaración judicial de que el bien pertenece al demandante por haberlo adquirido por el modo de la usucapión; la otra, en cambio, constituye una excepción encaminada a paralizar la acción del demandante, y debe alegarse expresamente por el demandado.

Hasta el año de 1928 la prescripción sólo podía alegarse como excepción, pues no existía el instrumento legal que permitiera a quien había adquirido el dominio sobre una cosa por usucapión, obtener la declaración judicial de pertenencia que le sirviese de título de propiedad de la misma. Mas el legislador de ese año, con el fin de consolidar legalmente la situación de los poseedores que habían adquirido el dominio por prescripción, expidió la Ley 120, cuyo Art. 2º estatúa que “todo aquél que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, la cual una vez obtenida cuando se trate de inmuebles, será inscrita en el libro número 1 de la correspondiente

De esta suerte, habiendo dejado Meza Pérez de ser dueño de las cabezas de ganado

oficina de registro y producirá los efectos señalados en el artículo 2534 del C. C.”

Siendo fundamentalmente distintas por su naturaleza y por los fines que persiguen la prescripción adquisitiva y la extintiva, es palmario que cuando en un proceso se alega una de ellas el fallo ha de proveyer concretamente sobre la especie de prescripción alegada, pues de lo contrario incurriría el sentenciador en incongruencia, bien por no haberla decidido (mínima petita), bien por haber reconocido una distinta de la invocada (extra petita). Desde este punto de vista, y en cumplimiento de la misión encomendada a la Corte de unificar la jurisprudencia nacional, velando por el recto entendimiento y debida aplicación de las normas sustanciales, debe destacarse el desacierto en que incurrieron los sentenciadores de instancia al decidir la cuestión litigiosa, puesto que no habiéndose alegado por la parte demandada la prescripción como acción sino como excepción, han debido limitarse ellos a declararla probada, si se daban los supuestos legales, en lugar de hacer una declaración de pertenencia que no fue demandada en debida forma, ya que para ello habría sido menester que el demandado hubiera promovido demanda de reconvencción, lo que no hizo. (Casación Civil, 20 de octubre de 1971).

275

PRESCRIPCION

Debe siempre proponerse o alegarse.

“Al respecto, la Corte de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala, reafirma el concepto de que la interpretación correcta que debe darse al artículo 32 del Código de Procedimiento del Trabajo, es la de que, en tratándose de excepciones perentorias, debe aplicarse el principio consignado en el artículo 341 del Código Judicial y que, en consecuencia, como regla general dentro del proceso laboral estas excepciones pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, pero teniendo en cuenta, al propio tiempo, que el artículo 32 citado, no impide estimar, por extemporá-

neas, las excepciones perentorias que resulten justificadas y demostradas en el curso del juicio, como lo preceptúa el artículo 343 del Código Judicial, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse. Respecto de esta última, estima la Sala que si ella no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado, en cualquier instancia del juicio”. (Sala de Casación Laboral, agosto 25 de 1971).

276

PRESCRIPCION

No es la fecha en que se presenta la demanda seguida de notificación en debida forma lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza.

Como lo sintetiza el acusador en algún pasaje de su demanda, el problema radica en establecer si la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda o con la notificación en legal forma a la parte demandada del auto admisorio de la misma. El recurrente sostiene, como se ha visto, la primera tesis al paso que el Tribunal aplicó la segunda, que es la que estima acertada esta Corporación. Así, en sentencia de 21 de mayo de 1963 expuso:

“No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza.

“La norma del artículo 489 del CST corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el 2524 del C. C. no se produce sino por obra de la notificación del auto admisorio de la demanda y sólo en la fecha en que aquélla se realiza, ya que un acto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio. Como presentar la demanda no le pone término a su negligencia, debe prestarle al funcionario judicial toda la colaboración posible para que llegue a conocimiento del

deudor del demandante el libelo en que ejercita el derecho, sin que valga argüir que la notificación es una actividad reservada al funcionario judicial, porque sin la colaboración del actor aquélla no podría realizarse. (Sala de Casación Laboral, abril 2 de 1971).

277

PRESCRIPCIÓN

(Tiempo que debe tenerse en cuenta para la prescripción de la acción).

En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala de la Corte que para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, ha de tomarse en cuenta el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub-judice, pero, según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho criminoso. Y ha dicho también —con no escasa frecuencia— que para precisar la imposibilidad de proseguir una determinada acción penal por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es indispensable averiguar lo siguiente: a) Qué pena máxima le corresponde al delito, y b) Cuándo se consumó —si es instantáneo— o cuándo se realizó el último acto —si es continuo o permanente.

Sería absurdo, de otro lado, que la sanción impuesta en la sentencia condenatoria constituyera —según parece entenderlo el impugnante— la guía orientadora para establecer la prescripción, porque en todos aquellos casos en que no se alcanza a proferir el fallo estaría el juzgador imposibilitado para determinar y declarar la causal extintiva de que se trata. Surge de lo expuesto que en el presente proceso no se ha operado la prescripción, por haberla interrumpido el auto de proceder, cuya ejecutoria se produjo, como ya hubo de recordarse, el 14 de abril de 1970. (Sala de Casación Penal, Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1971).

278

PREVARICATO

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 para que el retar-

do sea constitutivo del delito allí previsto, se requiere que obedezca a "simpatía o animadversión a cualquier interesado". Este elemento es indispensable que aparezca plenamente demostrado. Pero, en el caso sometido a estudio, su fundamentación falla desde la denuncia misma, ya que el acusador, quien se constituyó parte civil dentro de estas diligencias, paladinamente afirma que no tiene que entrar a demostrarlo ya que, según sus propias palabras "Se presume legalmente y con sentido común, que quien ha sido designado juez superior en la capital de la República, es individuo de, siquiera mediana racionalidad, idóneo para el cargo y por consiguiente conocedor de las leyes; por ello, al desconocer en forma tan flagrante una norma legal y violar tan descaradamente esenciales y primordiales disposiciones legales, lo ha hecho con pleno conocimiento de causa, con total y absoluta advertencia y desde luego con el dolo generado en él a sabiendas" (Fl. 15).

Pero bien sabido es que no basta afirmar, a manera de presunción, lo anterior, como lo hace el denunciante. Sino que es necesario, de necesidad absoluta, el que aparezca probado ese elemento de simpatía o animadversión que la ley exige para la configuración de esta clase del delito de prevaricato. La investigación no lo probó ni tampoco la parte civil intentó siquiera demostrarlo de manera real y efectiva. Por el contrario, en la inspección ocular respectiva, quedaron plasmados la diligencia y el celo con los cuales el funcionario acusado tramitó el negocio. Otra cosa distinta es el que las innumerables peticiones que por las partes fueron formuladas a raíz de la solicitud de reposición, hubieran impedido que ésta hubiera sido resuelta con la prontitud debida. (Sala Penal, Bogotá, D. E., 18 de noviembre de 1971).

279

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

La posesión del usucapiente en el momento de constituirse la relación procesal no es presupuesto esencial de la acción petitoria de dominio.

La Ley 120 de 1928, mediante sus artículos 2º y ss., consagró la acción de pertenen-

cia; es decir, estableció que la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión puede proponerse como acción con el fin de que el usucapiente tenga oportunidad de consolidar la propiedad ganada por prescripción, y no continúe sujeto a esperar que lo demanden para oponerla como excepción.

Pero si la posesión material de la cosa es elemento esencial de la prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, y por ende de la acción de pertenencia, no hay sin embargo, ni en esta Ley 120 de 1928, ni en las normas del Código Civil que regulan la prescripción como modo de adquirir la propiedad, precepto legal alguno que exija, para la prosperidad de la acción declarativa de dominio por usucapión, que quien la promueva deba estar poseyendo el bien al momento de instaurar la demanda. Contrariamente, del articulado de aquel estatuto, y más precisamente del contenido de sus Arts. 4º y 11, se desprende que la acción puede ejercitarse no sólo por quien está en posesión actual de la cosa, sino también por quien, por haberla poseído realmente durante el tiempo y en las condiciones que la ley determina, la haya ganado por prescripción, así no la esté poseyendo en el momento en que instaura la acción. En efecto:

a) Cuando el Art. 4º de dicha Ley 120 estatuye que para obtener la declaración de pertenencia debe seguirse un juicio ordinario "con la persona o personas contra quien (sic) se pretenda hacer valer la prescripción", está contemplando también el evento en que el prescribiente busca hacer valer el dominio en frente de otro que a su vez está ganando la cosa por el mismo medio; ésto es, cuando la demanda se dirige contra el actual poseedor del bien; y

b) Al preceptuar esta misma ley, mediante su Art. 11, que "el opositor en este juicio será considerado como demandante si no está en posesión de la finca", claramente significa que cuando el opositor está en posesión de ella debe recibir el tratamiento de demandado. Lo cual obviamente quiere decir que la acción puede también instaurarla el prescribiente que en ese momento no ostente la posesión del fundo.

Estas apreciaciones muestran que el Tribunal no acertó al exigir a la demandante la prueba de su posesión del predio "en el momento de constituirse esta relación procesal", por no tratarse de un presupuesto esencial de la acción petitoria de dominio. Y aún cuando tal hecho se invocó en la demanda como integrante de la causa petendi, no guarda empero relación jurídica de causa a efecto con el petitum por no constituir elemento axiológico de la pretensión, por lo cual, la falta de prueba del aserto resulta intrascendente para la decisión del litigio. (Casación Civil, 1º de abril de 1971).

280

PRESUNCION

(La consagrada en el artículo 60 de la Ley 42 de 1943 sólo surte efectos con relación a esa misma ley que la consagró y en consecuencia no puede extenderse sus alcances al campo del derecho penal).

El artículo 60 de la Ley 42 de 1923 que se encuentra en el Capítulo XII que trata de las "Penas" dispone: "Cuando un empleado de manejo no presentare cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado para la inspección y revisión de la oficina, cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción, para los efectos de esta Ley, de que tales fondos han sido sustraídos por dicho empleado o agente para aplicarlos a fines personales".

Como se ve, esta norma, que forma parte de la ley "sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría", consagra una "grave presunción" de sustracción de fondos no presentados previo requerimiento, en las condiciones en ella señalados, "para aplicarlos a fines personales". Pero esta presunción, de acuerdo con esa misma norma, sólo surte efectos con relación a esa misma ley que la consagra y, en consecuencia, no pueden extenderse sus alcances al campo del derecho penal. De ahí que sea preciso concluir con el Ministerio Público que "el Tribunal Superior de Ibagué se equivocó al

darle un alcance del que evidentemente carece". (Sala de Casación Penal, Bogotá, 22 de octubre de 1971).

281

PRESUPUESTOS PROCESALES

La ausencia del presupuesto de capacidad para ser parte o el de demanda en forma no vicia de nulidad la actuación.

Denominanse presupuestos procesales los requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica procesal, y cuya falta determina, según la índole del presupuesto, la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa. Son ellos: jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en el proceso y demanda en forma. La falta de jurisdicción o de competencia, o de capacidad procesal, produce la nulidad de lo actuado en los términos de los Arts. 448 y ss. del C. J.; y la ausencia del presupuesto capacidad para ser parte, o la del de demanda en forma, induce al pronunciamiento de un fallo inhibitorio con consecuencia de cosa juzgada formal únicamente.

De donde se sigue, en primer lugar, que los presupuestos procesales no son, como lo afirma el recurrente, "requisitos esenciales para que el juez adquiriera jurisdicción en un negocio determinado", sino condiciones para la constitución válida de la relación jurídico-procesal, entre las cuales figura precisamente la de que el juez tenga jurisdicción y competencia; y, en segundo término, que cada uno de tales presupuestos tiene individualidad propia, de tal suerte que son independientes y distintos en cuanto a su naturaleza y a sus efectos. Así, la competencia del juez, o sea el poder que tiene para ejercer en determinado negocio, por encargo del legislador, la jurisdicción que corresponde al Estado (C. J. Art. 143), depende exclusivamente de que concurren en él los factores que la determinan, tales como la naturaleza del asunto, la calidad

de las partes y el lugar donde debe instaurarse la demanda (ibídem, Art. 150), o sea que concurren o no los otros presupuestos procesales. Bien puede suceder, por tanto, que no obstante hallarse la demanda en debida forma, el juez carezca de competencia para conocer de ella; o que a pesar de los defectos formales de que el libelo adolezca el juez sí sea competente para conocer de la cuestión litigiosa.

La ausencia del presupuesto capacidad para ser parte o del de demanda en forma no vicia de nulidad la actuación, ni pueden viciarla ya que tal hecho no está erigido por la ley en causal de nulidad; por consiguiente, la circunstancia de que el juzgador profiera sentencia de mérito cuando debe ser inhibitoria, no entraña una nulidad de lo actuado por falta de competencia del juez, sino una violación, por indebida aplicación, de las normas que hizo actuar sin poder hacerlo. No se trata, por tanto, de un error in procedendo denunciabile en casación con base en la causal cuarta, sino de un error in iudicando alegable dentro del ámbito de la primera. Por manera que si, como lo afirma el recurrente, el Tribunal dictó sentencia de mérito no obstante faltar el presupuesto de demanda en forma, tal hecho no entraña falta de competencia de aquél, y, por ende, la acusación que se formule al fallo de segundo grado con base en la causal cuarta ha de rechazarse por carecer de fundamento. (Casación Civil, 21 de enero de 1971).

282

PROCEDENCIA DEL RECURSO

Dice el impugnador que es improcedente el recurso, porque las peticiones de la demanda con que se inició el juicio, no tienen siquiera un discutible respaldo probatorio en el juicio.

Calificar las peticiones por su respaldo probatorio para saber el interés del recurrente, no resulta exacto, por cuanto si tuviera suficiente respaldo probatorio habrían sido satisfechas en la providencia, fuera de

que tal calificación no puede resultar sino del examen del fondo del asunto. Por lo tanto, ha de estimarse que procede el recurso por cuanto las pretensiones del trabajador no satisfechas en la sentencia acusada, tienen un valor superior a cincuenta mil pesos.

En cuanto se refiere a la declaración del alcance de la impugnación, se encuentra impropiedad en la expresión de lo solicitado por el recurrente, cuando se pide que la Corte como Tribunal de instancia revoque en su totalidad la sentencia de segundo grado ya que debe suplicar la casación total o parcial del fallo, para luego indicar la manera como el recurrente desea que se reemplace como tribunal de instancia, la parte quebrantada por la prosperidad del recurso.

Sin embargo, dentro del confuso planteamiento de la impugnación, el recurrente expresa que "se case totalmente la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto", y más adelante pide que se "condene a la parte demandada a pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones solicitadas por el trabajador demandante".

Por tales motivos y a pesar de la observación sobre la impropiedad en la formulación exacta del petitum de la demanda de casación habrá de estudiarse el escrito sustentatorio del medio extraordinario. (Sala de Casación Laboral, noviembre 6 de 1971).

283

PROHIBICION DE DESPEDIR

Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

El ad-quem al despachar desfavorablemente la súplica relativa a indemnización por despido de la actora en estado de embarazo, interpretó no sólo el inciso 2º del artículo 239, sino el 1º y dio tres razones para justificar su decisión:

a) Que el amparo de la maternidad surge de un hecho biológico que el empleador

no tiene por qué conocer, si la trabajadora no se lo comunica; b) Que el legislador lo que prescribe y sanciona "no es el mero hecho del despido de una trabajadora embarazada, amparada como cualquier otro trabajador por las disposiciones que protegen la estabilidad en el empleo, sino la circunstancia de que el motivo, el móvil o la causa de ese despido haya sido el embarazo o la lactancia", y c) Que la hipótesis legal no puede darse cuando el patrono ignora que a la trabajadora a quien despide se encuentra en esa situación particular porque naturalmente nadie actúa movido o impulsado por algo que desconoce.

La Sala laboral ha fijado el criterio cuestionando así:

"De la manera como se intitula el capítulo de que forma parte la referida norma sustantiva laboral claramente se desprende que el legislador colombiano no se limitó a prohibir el despido de la trabajadora en estado de embarazo o de lactancia, sino que, además, para garantizar la efectividad de esta prohibición y de la consagrada finalidad de protección a la maternidad y al menor, erigió en presunción de despido ilegítimo, de un lado, por motivo de una de dichas situaciones, el unilateral rompimiento patronal del contrato de trabajo encontrándose la asalariada dependiente "dentro del período de embarazo, o dentro de los tres meses posteriores al parto", sin obtener la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente, ésto es del Inspector del Trabajo, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, quienes únicamente la dan cuando el permiso solicitado se funda en alguna de las causales previstas en los artículos 62 y 63 del mismo Código que dan derecho al patrono para despedir al trabajador; y estatuyó, de otra parte, sanciones apropiadas por la prescindencia de la autorización ameritada.

No hay duda entonces que para dar por configurada la referida presunción en un evento determinado, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora; b) Que dicho despido se haya producido

cuando ésta se encontraba dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso; y c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del Inspector del Trabajo, o del alcalde del lugar donde faltare éste. Y que para desvirtuarla el patrono, contra el cual opera, pues es de carácter legal por la manera como aparece instituida, debe comprobar que esos hechos no han acaecido, por no haber habido despido sino terminación normal del contrato de trabajo por cualquiera de las causas al respecto consagradas en la ley; no haber estado la trabajadora en el momento de la desvinculación laboral en estado de embarazo o lactancia; y haberse obtenido al despedirla la autorización administrativa correspondiente.

“Estrictamente el precepto en cita no reclama la demostración de otros hechos por la trabajadora, para la operancia y por el patrono, para la inoperancia, de esta presunción legal. Pero desde el momento mismo en que uno de los hechos indicadores de que el legislador se vale para deducir el propósito o motivo ilegítimo del despido de la trabajadora, es el de que la despedida se encuentre dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, no hay duda alguna que el uno o el otro tienen que ser conocidos del patrono al tomar la aludida determinación, pues lógicamente y con lógica actúa el legislador cuando recoge reglas prácticas para estatuir presunciones no puede imputársele a una persona una consecuencia como la mencionada de un hecho que no ha realizado o que ignora. Por consiguiente, hay que entender implícita en el estudiado artículo del C. S. del T., este requisito del conocimiento por parte del patrono del estado prenatal o de lactancia en que se encuentra su trabajadora cuando la despide, para la estructuración de la presunción de que se viene hablando, y la demostración de su razonable ignorancia, para desvirtuarla. (Juicio de Susana Parra de Forero contra Carulla & Cía. S. A. 2 de septiembre de 1969. Gaceta Judicial, Tomo N° CXXXI bis, páginas 279 y 280)”.

La exigencia del Tribunal respecto a que antes del despido de la trabajadora el pa-

trono conozca su estado de embarazo, no implica en consecuencia la violación del artículo 239 CST, por interpretación errónea, y por ésto el cargo no prospera. (Sala de Casación Laboral, julio 26 de 1971).

284

PROMESA DE VENTA

Su resolución por incumplimiento.

Para que la acción resolutoria que consagra el artículo 1546 del C. C. sea próspera, han de aparecer debidamente demostrados en el proceso la existencia del contrato bilateral cuya resolución se impetra, celebrado entre demandante y demandado, y la mora de éste en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En caso de que el demandado proponga la excepción de contrato no cumplido, fundada en el principio de que la mora purga la mora, ha de probarse además, que el demandante cumplió con las obligaciones exigibles asumidas por él. (Casación Civil, 17 de marzo de 1971).

285

PROPIEDAD HORIZONTAL

La transferencia, gravamen o embargo, lo mismo que la reivindicación, de un departamento o piso comprende los derechos del propietario sobre los bienes comunes de todo el inmueble, aun cuando no se mencionen éstos en el título o demanda.

1. Frente a los preceptos de la Ley 182 de 1948 que introdujeron profundas modificaciones a los principios seculares que regían la estructura del derecho de la propiedad individual o exclusiva y de la comunitaria, ya no es posible sostener rígidamente que quien es dueño de la tierra lo es también de lo que sobre ella se levanta y de lo que se abriga en su seno, ni lo es afirmar que nadie está obligado a permanecer en la indivisión y que pactada ésta, su duración no puede extenderse más allá de 5 años.

2. Múltiples factores como el encarecimiento del valor de la tierra, el agotamiento de la apta para construcciones, la creciente demanda de vivienda cercana a los centros de trabajo y de comercio, los alicientes oficiales tendientes a la concentración de habitaciones para aprovechar mejor el alto costo de las redes de energía, teléfonos, acueducto y alcantarillado, etc., han propiciado el auge del régimen de la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio, denominada también y más conocida en nuestro país con el nombre de propiedad horizontal. (Véase sentencia de 22 de octubre pasado, proferida en el proceso ordinario que adelantó Arturo Wilches contra el Instituto de Crédito Territorial, aún no publicada).

3. No obstante que esta especie de copropiedad se practicaba en Colombia desde antaño, especialmente en lo que atañía el condominio de las galerías o conjuntos de bóvedas en los cementerios católicos, donde cada uno de sus distintos sepulcros o tumbas, a pesar de estar edificados unos encima de otros y sobre un mismo terreno, tenían dueños diferentes, el legislador colombiano sólo vino a incorporar a la ley positiva este nuevo régimen por medio de la Ley 182 de 1948,

4. Con antelación a la vigencia de esta Ley, el dominio del edificio levantado sobre determinado terreno, en principio, era propiedad exclusiva del dueño de éste, o pertenecía en común a los distintos condóminos del terreno. Esto era lo que comúnmente ocurría. Mas, a partir de su vigencia se introdujo un cambio fundamental al sistema imperante, al permitir que un edificio, considerado en sí físicamente como una unidad, jurídicamente pudiera tenerse por dividido, de tal manera que cada uno de sus pisos o de sus distintos apartamientos tuviese un propietario exclusivo que ejerciera sobre cada uno de ellos derecho privativo de dominio, con exclusión de todos los demás copropietarios. Resultó así que respecto a cada piso o departamento, su dueño no tenía calidad de copropietario, sino de señor exclusivo. Sin embargo, como este dominio privativo sólo podía ejercerse sobre el piso o el apartamiento mismo, con prescindencia del terreno en que todo el edifi-

cio estaba levantado; de su techumbre y cimientos; de los pasillos, zaguanes, vestíbulos, escaleras y ascensores; de sus instalaciones generales de agua, energía, teléfonos, calefacción, desagües, etc., sobre éstos últimos bienes, por estribar en unos el fundamento de la existencia, seguridad y conservación del edificio y por estar otros destinados inexorablemente al servicio de todos los propietarios para permitirles el uso y goce normales de sus pisos y departamentos, la ley consideró que sobre ellos se formaba una comunidad indivisible, en lo que es inalienable el derecho solo de cada comunero en los mismos, y por considerar que la propiedad exclusiva sobre cada apartamento o piso no se podría ejercer normalmente sin gozar de aquellos bienes afectados al uso general, estableció que los derechos de cada propietario en los bienes comunes, eran inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento.

5. Sentados estos dos importantes principios: el de que cada propietario es dueño exclusivo o privativo de su piso o apartamento, y el de que únicamente es comunero en los bienes afectados al uso común, la ley los ensambla de tal modo que los hace indivisibles, formando con ellos una sola entidad jurídica, al establecer que, en esta especie de copropiedad, no puede existir comunero en aquellos últimos bienes, que pertenecen a todos, que al mismo tiempo no sea propietario exclusivo de un piso o apartamento o condómino de él. Y para que no se dudara de esa unidad que hace imposible la enajenación separada del derecho indiviso en esos bienes comunes, consagra que su dominio es inalienable y rebaja la condición de ellos al calificarlos como obligados accesorios de los pisos o departamentos; con ésto enseña que no pueden ser materia de disposición separada de los bienes a que acceden, que irremediamente son inseparables. Y así como estos bienes comunes no pueden ser objeto de enajenación singular, puesto que acceden siempre a los pisos o departamentos de los cuales no pueden separarse, el legislador, advirtiendo que unos y otros físicamente no forman un mismo todo, cual sucede con la sombra y el cuerpo que la proyecta, para

reafirmar el concepto de la estrecha unidad jurídica que entre los mismos existe, de su inseparabilidad y de la atracción que, en este caso, ejerce el dominio exclusivo sobre el derecho comunal, expresamente dispuso que en la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos los derechos comunes que el propietario de éste tiene sobre los bienes afectados al uso general de todos los propietarios. Finalmente, para consagrar de manera definitiva el principio de la inseparabilidad, dispuso que no pueden transferirse, embargarse o gravarse separadamente los dichos bienes comunes.

6. Impulsado el legislador por su clara voluntad de establecer la propiedad horizontal o régimen de copropiedad en pisos y departamentos de un mismo edificio como un tipo especial de copropiedad que, no obstante participar de ciertas características propias de la comunidad, no se identifica con ésta, la dotó de fisonomía propia al establecer peculiaridades que la distinguen, que la individualizan a pesar de su semejanza con otras especies de copropiedad o indivisión.

7. Así: aunque los distintos pisos o departamentos levantados sobre el mismo terreno común integran un sólo edificio, vale decir son partes materiales de una misma unidad física, dispuso que cada propietario puede enajenar su piso o departamento, hipotecarlo, darlo en anticrèsis y arrendamiento sin necesidad del consentimiento de los dueños de los demás pisos o departamentos; pero sin olvidar que el terreno en que la construcción se levanta es terreno común y que comunes tienen que ser también los ascensores, escaleras, vestíbulos, pasillos, techumbres, etc., estableció una forzosa indivisión de estos últimos bienes mientras exista el edificio.

Y al paso que en la comunidad del código, por ejemplo, cada comunero tiene una cuota indivisa e indeterminada sobre todo el bien común y sobre cada una de sus partes, sin que sea dueño único de ninguna porción en concreto, en el régimen de propiedad horizontal cada propietario es dueño exclusivo de la parte precisa que forma su piso o departamento y no tiene derecho

alguno en los demás ajenos, y es comunero, a la vez, ya no es propietario exclusivo, en el suelo y en los restantes bienes afectados al uso general de todos los condóminos.

Si en el sistema de la comunidad nadie está obligado a permanecer en indivisión, en cambio, en el de la propiedad horizontal la indivisión es obligatoria mientras exista el edificio; si en aquélla su objeto es siempre un bien común, en ésta a pesar de que el edificio es de todos, no es común en su totalidad, porque en cada piso o departamento sólo tiene derecho de dominio su respectivo propietario, con exclusión de los demás condóminos del edificio.

Dejando de lado lo concerniente a la administración de una y otra especie de comunidad, donde se reflejan mejor sus diferencias, lo dicho demuestra que el régimen de la propiedad de pisos o departamentos en un mismo edificio no puede asimilarse ni a la propiedad individual ni a la comunidad.

8. Ahora bien, como quien tiene la facultad de disponer de su derecho de dominio necesariamente debe tener la de reivindicar la cosa singular o cuota de ésta objeto de su señorío, síguese que en el régimen de la propiedad por pisos o departamentos de un mismo edificio, el dueño de uno de aquéllos está legitimado para ejercer la acción reivindicatoria sin previa licencia o coadyuvancia de los restantes condóminos de él; y por cuanto al tenor del Art. 4º de la Ley 182 de 1948 que consagró ese régimen, los bienes comunes son accesorios de los pisos o departamentos, y comoquiera que el derecho de cada propietario en los bienes afectados al servicio de todos, o bienes comunes, es inseparable del dominio, uso y goce de su respectivo apartamento y, finalmente, en virtud de que, por expresa disposición de esa misma norma, en la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos los derechos del propietario respectivo en los bienes comunes, fluye, inexorable y lógicamente, que si se reivindica determinado apartamento de edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, han de entenderse comprendidos en esa pretensión los derechos del propietario en los

demás bienes afectados al uso general, que son los bienes propiamente comunes. De consiguiente, aunque en la demanda reivindicatoria únicamente se haga referencia al solo piso o departamento, entender que también es objeto de esa pretensión de dominio el derecho del reivindicante en los bienes de uso común que acceden a lo que es materia de su exclusiva propiedad, no entraña quebranto de la ley. (Casación Civil, 7 de diciembre de 1971).

286

PROPIEDAD HORIZONTAL

No es de la esencia del contrato de venta de un departamento por propiedad horizontal que en la escritura se inserte el reglamento de copropiedad.

El régimen de la propiedad horizontal está contenido en la Ley 182 de 1948 y en el Decreto reglamentario 1335 de 1959, que fue adicionado por el 144 de 1968. de cuyos lineamientos generales cabe destacar los siguientes:

a) Sólo puede versar sobre los diversos pisos de un edificio o de los departamentos en que se divide cada piso de éste o una casa de uno solo, o los subsuelos y las buhardillas de una edificación, siempre que "sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común" (Art. 1º);

b) "Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y comunero de los bienes afectados al uso común" (Art. 2º) de los cuales "podrá servirse a su arbitrio siempre que los utilice según su destino ordinario y no perturbe el uso legítimo de los demás" (Art. 6º);

c) "Se reputan bienes comunes y del dominio inalienable e indivisible de todos los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento..." y la indivisión de tales bienes subsistirá de pleno derecho mientras exista el edificio (Arts. 2º, 3º y 14);

d) "El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes es proporcional al valor de su piso o departamento, inseparable del dominio, uso y goce del mismo" (Art. 4º);

e) Cada propietario deberá pagar directamente los impuestos y tasas como si se tratara de predios aislados y contribuir en proporción al valor de su piso o apartamento al pago de las expensas necesarias de administración, conservación y reparación de los bienes comunes "sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes" (Art. 5º);

f) Cada propietario usará su piso o departamento en la forma prevista en el reglamento de copropiedad y "en consecuencia no podrá hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en dicho reglamento, o a falta de éste (se subraya) aquéllos a que el edificio está destinado o que deben presumirse de su naturaleza", sin perturbar la tranquilidad de los demás propietarios ni comprometer la seguridad, solidez o salubridad del inmueble (Art. 7º);

g) Cada propietario puede enajenar, arrendar y gravar libremente su piso o departamento, sin necesidad del consentimiento de los demás, pero para "inscribir por primera vez un título de dominio o cualquier otro derecho real", será menester acompañar un plano del edificio a que pertenece "el cual se agregará y guardará en el protocolo respectivo". (Arts. 8º y 10);

h) Para la administración del edificio y la conservación de los bienes comunes, los dueños de los pisos o departamentos en que aquél se divide podrán constituir una sociedad y a falta de ella "deberán redactar un reglamento de copropiedad que precise los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios", el cual deberá ser acordado por la unanimidad de éstos y reducido a escritura pública e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y el plano del edificio (Arts. 11 y 12);

i) Corresponde a la dirección de obras públicas o a la entidad que haga sus veces en cada Municipio; decidir, "si el edificio que se proyecta dividir en pisos o departa-

mentos" cumple con las exigencias a que deben estar sometidas las construcciones objeto del régimen de propiedad horizontal, declaración que es irrevocable. "Los Notarios —agrega el artículo 19— no podrán autorizar ninguna escritura pública sobre construcción, traspaso de la propiedad de un piso o departamento, ni los Registradores de instrumentos públicos inscribirán tales escrituras si no se inserta en ellas copia auténtica de la correspondiente declaración y del reglamento de copropiedad de que tratan los artículos 11 y 12 de la presente ley". Este requisito, sin embargo, fue modificado posteriormente por el Decreto 144 de 1968, también reglamentario de la Ley 182 de 1948, en el sentido de que si las escrituras de enajenación de un bien sujeto al régimen de propiedad horizontal se otorgan en la misma Notaría en que lo fue aquella mediante la cual se constituyó dicho régimen, no es necesario insertar el texto íntegro de la declaración municipal y del reglamento de copropiedad.

La preceptiva a que está sujeta la propiedad horizontal que brevemente se deja reseñada, no dispone que el reglamento de copropiedad referente a los bienes comunes sea de la esencia de los actos jurídicos tendientes a constituir un edificio como de propiedad horizontal o a enajenar alguno de los pisos o departamentos que lo integran. En efecto, según el Art. 11 de la Ley 182, la administración y conservación de esos bienes comunes puede llevarse a cabo de acuerdo con lo previsto en el reglamento respectivo o bien a través de la sociedad que todos los propietarios constituyan al efecto. Además, el Art. 7º *ibidem* prevé inclusive la posibilidad de que el reglamento en cuestión no exista, al disponer que a falta de éste, cada propietario no podrá usar o hacer servir su piso o departamento "a otros objetos... a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza".

Así pues, el reglamento en cuestión tiene fines meramente administrativos y de publicidad, y cuando existe tiene "fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título", pero su inserción en la escritura de enajenación de pisos o depar-

tamentos sometidos a la propiedad horizontal no es requisito *ad substantiam actus* de aquélla. Si lo fuere, no podría ser reemplazado con una sociedad para la administración de los bienes comunes, ni menos, aún la misma ley habría previsto la posibilidad de que no exista, como aparece del mencionado Art. 7º. Los requisitos esenciales para la validez de un acto jurídico, o sea, aquéllos que la ley prescribe para el valor del mismo, jamás pueden reemplazarse o suplirse con otros, ni menos aún, pueden omitirse so pena de nulidad absoluta (Arts. 1740 y 1741 del C.C.).

Finalmente cabe agregar que el artículo 19 de la Ley 182 se limita a establecer una prohibición a los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, cuya inobservancia sólo compromete la responsabilidad de esos empleados pero no acarrea en modo alguno la nulidad de los instrumentos en que se haya incurrido en ella, máxime si la referida prohibición fue atemperada por el Decreto 144 de 1968 al circunscribirla a los casos allí señalados. (Casación Civil, octubre 22 de 1971).

287

PRORROGA DEL CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO A TERMINO FIJO

Para resolver con acierto conviene precisar que no puede decirse, como lo hacen el sentenciador y el opositor, que la cláusula 7ª del contrato original, determina que sólo por una vez el contrato puede prorrogarse cuando expresa que con antelación de un mes y por escrito la empresa comunicará al trabajador "el deseo de dar por terminado su contrato de trabajo o prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un (1) año", porque lo que se quiso fue indicar desde entonces el término al cual deben acomodarse las prórrogas que se convengan ya que el número de éstas es cuestión que depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes. En efecto, cuando se dice, —cláusula 7ª— "prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un año", no se ha querido indicar que sólo por una sola vez el contrato puede prorrogarse, sino que las prolongaciones del mismo que se

acuerden no pueden tener duración mayor o menor de la estipulada, porque se repite, las prórrogas de la convención quedan supeditadas a la autonomía de la voluntad de las partes, que no puede recortarse como se pretende con la equivocada interpretación del *ad-quem*, que acoge y hace suya el opositor. (Casación Laboral, febrero 18 de 1971).

288

PRUEBA

Oportunidad de allegarla al proceso.
Su diligenciamiento

La doctrina del derecho procesal tiene averiguado que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no tuvo ingerencia en su producción. El cúmulo de normas del procedimiento probatorio encuentra su razón de ser, entonces, en la necesidad de garantizar los derechos de igualdad y lealtad que corresponden a las partes en el juicio.

A la contraparte le asiste derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al juicio, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba, el auto respectivo se notifica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite presenciar la declaración de los testigos para contrainterrogarlos; y se prolonga aún después, como acontece cuando tacha o redarguye de falso un documento, o cuando objeta el dictamen pericial.

Con fundamento en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Si se omite la observancia de todos o de algunos de estos preceptos la mis-

ma ley prohíbe al fallador evaluar la prueba; si, en cambio, se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de estimarla, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento.

Entre estas disposiciones, el artículo 597 del C. J. establece que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso, a más de otros, en el caso de que se hayan pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia. Porque si la prueba se pide oportunamente y el adversario tiene conocimiento de ella mediante la notificación del auto que la decreta, deja de ser oculta para éste, a quien por tanto se le brinda la oportunidad de controvertirla, quedando a salvo los principios de publicidad y contradicción ya referidos.

Pero si generalmente el poder de contradicción es propio de toda prueba, comoquiera que responde siempre al mismo objetivo, debe observarse sin embargo que la manera de ejercerlo en cada caso es diferente, porque diversos son los procedimientos para la producción de cada uno de los medios probatorios que consagra la ley.

En tratándose del documento privado, que por ser prueba preconstituída puede incorporarse al juicio no sólo con la demanda, el escrito de excepciones o acompañado a las contestaciones respectivas, sino también adjuntándolo al memorial petitorio de las pruebas (Art. 597), la parte a la cual se opone se entera de su existencia en el proceso a través del traslado de la demanda, en el primer caso, o con la notificación del auto que decreta las pruebas, en el segundo. Consiguientemente puede ejercer a partir de entonces la facultad fiscalizadora. Sólo que, cuando lo haga, debe distinguirse el documento privado que goza de autenticidad del que carece de esta virtud: el primero lo impugna mediante la tacha de falsedad, incidente en el cual adquiere el deber de demostrar la excepción que ésta estructura; la simple manifestación de informalidad frente al segundo es bastante para impedir el reconocimiento, a menos que

la parte que lo presenta demuestre su legitimidad (Arts. 649 y 645 del C. J.).

La ausencia de objeción en el segundo evento le da autenticidad a este instrumento, porque el silencio de la parte obligada o de su representante, a sabiendas de su existencia en los autos, produce al reconocimiento tácito consagrado por el artículo 645 del Código Judicial. Consecuencialmente, como ocurre con los otros modos de reconocimiento, el documento adquiere pleno valor probatorio, sin que sea lícito para el juez prescindir de él al hacer la apreciación de la prueba, ni dejar de reconocerle sus efectos jurídicos, ni el alcance de éstos conforme a los términos en que se halle concebido, tal cual lo indican los artículos 637 a 646 del C. J., en desarrollo de lo preceptuado por el artículo 1761 del C. C.

De lo anterior se deduce que indudablemente incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba documental privada, el fallador que deseche tal instrumento por causa única de que no fue allegado al proceso con la demanda sino con el memorial petitorio de las pruebas, cuando contra el documento no se ha formulado expresamente objeción alguna por la parte legitimada para hacerlo. Porque, como ya está dicho, es ésta también una de las oportunidades establecidas por la ley para aducir las pruebas incorporadas al proceso; y para que sean estimadas; y porque si el documento privado sin reconocer no es plena prueba, el expreso no es el único modo de darle autenticidad; también se consagra el reconocimiento tácito, que es el que aquí ha operado. (Casación Civil, febrero 22 de 1971).

289

PRUEBA DE LA CALIDAD DE HEREDERO

Su ausencia afecta el presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no la legitimación en causa.

Si se tratara de una falta de legitimatio ad causam, como dice el sentenciador, el fallo habría tenido que ser absolutorio y no

inhibitorio, puesto que aquélla constituye un requisito para pronunciamiento de sentencia de fondo favorable al demandante y no un presupuesto procesal.

Se explica:

Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal, que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de "acción" no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, éste es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de "derecho", de "pretensión", que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa el actor. Si el demandante no es el titular del derecho que reclama, o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor.

Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de intereses que surjan entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo

las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o de demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de que quede definitivamente decidido ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional, cuya característica más destacada es la de ser definitiva. (Casación Civil, agosto 23 de 1971).

290

PRUEBA DE LA PERSONERÍA

El recurrente, quien obra en este caso como representante judicial de la persona jurídica denominada 'Naviera Fluvial Colombiana S. A.', ni al contestar la demanda, ni en el curso del juicio debatió como cuestión principal, el problema traído a consideración de la Sala, en el recurso extraordinario de casación, o sea, que bastó la simple afirmación hecha en el libelo, de que tal sociedad tenía existencia legal.

De conformidad con el artículo 36 del CPL, "el demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de la existencia de la persona jurídica contra la cual va dirigida ni de la calidad de su representante".

Le bastará, dice la norma con designarlos, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal este punto.

Igualmente, de conformidad con el inciso tercero de la disposición citada "si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá

sin consideración a la falta de esta prueba" (subraya la Sala).

Como es éste precisamente el caso de autos, no se produjo el error de derecho predicado por el casacionista, ya que como se dijo en el aparte I, la falta de comprobación de la constitución y existencia de la sociedad demandada, ni de quien era su representante legal, fueron cuestiones sobre las cuales hubo controversia.

La violación del artículo 26 de la Carta, tampoco se produjo, pues el Juez dio cumplimiento estricto al procedimiento sobre la materia y el Tribunal al decidir sin consideración a la falta de la prueba mencionada, no hizo otra cosa que cumplir la letra y el espíritu del Art. 36 del C.P.L. (Sala de Casación Laboral, febrero 22 de 1971).

291

PRUEBA DOCUMENTAL

Instrumentos públicos y documentos privados.

El Título XVII del Libro 2º del C. Judicial, en sus Capítulos III, IV, y V. reglamenta la prueba documental, la clasifica, le asigna el mérito de convicción que le corresponde según la naturaleza de ella, establece las formalidades procesales a que debe ajustarse la aportación que de dicha prueba se haga en el juicio y finalmente señala los requisitos a que debe ajustarse la que ha sido producida en el exterior.

Por prueba documental se entiende la constancia gráfica que se deja acerca de la celebración de un contrato, la realización de un acto o la ocurrencia de un hecho cualquiera. Se trata, pues, de una prueba indirecta, de carácter histórico, representativa de un acontecimiento pretérito, que si es litigioso o tiene trascendencia de un proceso, permite al Juez conocer la verdad acerca del mismo.

Según su naturaleza jurídica la prueba literal se clasifica en instrumentos públicos y documentos privados; son auténticos los primeros, en todos los casos, y lo son tam-

bién los segundos cuando han sido reconocidos por sus otorgantes en alguna de las formas que establece la ley o ésta presume su autenticidad.

Al tenor de los Arts. 1.758 del C. Civil y 632 del C. Judicial, se entiende por instrumento público, aquél que ha sido autorizado, vale decir, firmado por un funcionario público competente, de acuerdo con los requisitos legales que para cada caso se exijan y que la intervención de dicho funcionario haya ocurrido por razón del ejercicio de sus funciones. Esta clase de instrumentos, según el Art. 1.759 del C. Civil, hace plena fe en cuanto a su otorgamiento y su fecha, y las copias que de ellos se expidan de acuerdo con la ley son documentos auténticos.

En consecuencia, los documentos que emanan de representantes diplomáticos o consulares de Colombia en el exterior, o que han sido otorgados ante ellos en ejercicio de sus funciones, son instrumentos públicos para los efectos de los preceptos legales antes mencionados, si por lo demás aquéllos han actuado en ejercicio de sus funciones y con observancia de las formalidades legales propias de cada caso, y por tanto son plena prueba, *erga omnes* respecto de su otorgamiento y de su fecha, y entre las partes acerca de su contenido.

Con relación a los instrumentos públicos y a los documentos privados extendidos en país extranjero y de que se quiere hacer uso en Colombia, la ley establece un régimen diferente en cuanto a las formalidades a que están sujetos, según que en ellos haya intervenido o no un Agente diplomático o consular de la República. Aquéllos en los cuales se produjo esa intervención, se sujetan a lo dispuesto por el Art. 658 del C. Judicial, y para ser admisibles como prueba, sólo requieren la autenticación de la firma de dicho funcionario por el Ministerio de Relaciones Exteriores. En cambio, cuando el Agente diplomático o consular colombiano no ha intervenido en el otorgamiento del instrumento público extendido en país extranjero, éste requiere además que lo autentique dicho funcionario, lo cual hace presumir que se conforma

a la ley del lugar en que fue otorgado (Art. 657 *ibidem*).

Las comunicaciones oficiales que dirigen al Ministerio de Relaciones Exteriores los funcionarios diplomáticos y consulares de la República en ejercicio de su cargo y por razón de sus funciones, son documentos auténticos al tenor de la primera parte del Art. 632 del C. Judicial y lo son también las copias respectivas expedidas formalmente y autorizadas por el empleado encargado de los archivos del Ministerio. Tales documentos, pues, no están sujetos a las formalidades que ordenan los Arts. 657 y 658 *ibidem*.

La Corte ha dicho que “el procedimiento adecuado para acreditar hechos (se subraya) que constan en documentos oficiales o públicos, no es otro diferente al de la presentación de las copias auténticas de los mismos expedidas por las entidades o personas encargadas de su custodia o archivo, según lo previene el Art. 632 del C. Judicial (LXXVI, Pág. 184)”. Y al referirse a los llamados informes administrativos, expresa que “son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y pueden verificarse por los sentidos (LXII, Pág. 892)”. (Casación Civil, febrero 18 de 1971).

292

PRUEBA TESTIMONIAL

Al apreciar la prueba testimonial los Tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional.

Conviene también rectificar el criterio del recurrente respecto a que “como la ley establece una rígida tarifa legal para demostrar la posesión notoria, síguese que utilizar el sistema de la persuasión racional, no autorizado al efecto, constituye error de derecho”. La doctrina jurisprudencial de la Corte ha sido muy clara en ese particular:

“Tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición, y, luego, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y afirmar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas. Con esta orientación ha podido decir la Corte, fijando el espíritu del Art. 967 del C. J., que este artículo significa que el juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reúnan esas calidades, pero no que necesariamente deba tenerlo como demostrado, es decir que, aún en el caso en que haya dos o más testimonios contestes acerca del hecho y sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicarles las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarlos fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional”. (CVII, 185). (Casación Civil, julio 21 de 1971).

293

PRUEBA TESTIMONIAL

Aunque el Art. 697 del C. Judicial estatuje que “dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible, conforme a la ley”, no basta, empero, la sola concordancia de las declaraciones en cuanto a las circunstancias objetivas del hecho para que constituyan plena prueba, sino que es menester, además, que en ellas concurren los requisitos intrínsecos que para su estimación exigen los Arts. 687 a 689 del C. Judicial, es a saber que los testimonios sean responsivos, exactos y completos, y no vagos, incoherentes o faltos de senti-

do. “El artículo 697 —ha dicho la Corte— significa que el Juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reúnan esas calidades pero no que necesariamente debe tenerlo como demostrado, es decir, que aún en el caso de que haya dos testimonios contestes acerca del hecho y de sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicar las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarlos fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional. (LXXIX, 252). (Casación Civil, abril 2 de 1971).

294

PRUEBA TESTIMONIAL

Cuando se trata de prueba testimonial no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo en su conjunto, para deducir su verdadera significación. (Casación Civil, abril 20 de 1971).

295

PRUEBA TESTIMONIAL

En su apreciación debe predominar la persuasión racional sobre la tarifa legal rígida.

El artículo 697 del C. Judicial no obliga al Juez a dar por demostrado plenamente un hecho porque dos testigos hábiles concuerden sobre él y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; apenas le permite obtener esa convicción jurídica, si por lo demás estima razonablemente que las declaraciones son sinceras y están desprovistas de las equivocaciones en que humanamente pudieron haber incurrido esos testigos al percibir el hecho, al evocarlo o al expresar el recuerdo que del mismo conservan. El Juez debe analizar razonablemente el fundamento en que el testigo basa el conocimiento que dice tener de los hechos y estudiar si la declaración es responsiva, exacta y completa; si el declarante le merece confianza; y la manera precisa y distinta como ha sa-

bido los hechos que afirma o de que tiene noticia (Art. 688 C. J.). Todo ésto implica un raciocinio, una delicada ponderación que la Corte, salvo contraevidencia, no tiene poder para modificar. En la prueba de testigos, pues, predomina la persuasión racional sobre la tarifa legal rígida, como sistema de apreciación de su poder demostrativo.

Al ponderar los testimonios de acuerdo con las normas legales pertinentes y los principios de la sana crítica, el sentenciador debe calificar si el hecho que relatan los testigos es posible que haya ocurrido en la realidad; si es posible también que éstos lo hayan podido percibir; y por último, si es posible que lo pudieran recordar cuando rindieron su declaración. Debe estudiar igualmente la probabilidad en cuanto a la ocurrencia del hecho o la percepción del mismo por parte de los testigos y a que éstos puedan recordarlo tal como ocurrió. Esta calificación es indispensable porque el testimonio merecerá tanta mayor credibilidad cuanto mayores sean la posibilidad y la probabilidad antes mencionadas. Así, tendrá que enjuiciarlos para determinar si el hecho que relata el testigo es posible que haya incurrido o no. Si se trata de un hecho físicamente imposible, por ser contrario a la naturaleza, el dicho del declarante que lo relata no podrá merecer crédito alguno; si la ocurrencia del hecho fue posible pero no así que pudiera ser percibido por el testigo, tampoco merecerá fé esa declaración. Si es probable la ocurrencia del hecho, la fuerza probatoria de la declaración será dudosa; dudosa lo será también, si por la manera como el testigo dijo haberlo percibido es improbable que hubiera podido hacerlo; dudoso será igualmente el testimonio, si por el largo tiempo trascurrido entre la ocurrencia del hecho y el relato que del mismo hace el declarante, no es probable que lo pueda recordar ni menos aún con la precisión de las circunstancias que expone en su relato.

En el proceso de esclarecimiento de la verdad objeto del litigio que le incumbe al sentenciador de instancia, éste debe tener

en cuenta las pruebas aducidas por los litigantes en su conjunto, para apreciar cuáles convergen a demostrar determinado hecho litigioso y también, por otra parte, para señalar las que sean contradictorias en cuanto a la demostración del mismo. (Casación Civil, febrero 18 de 1971).

296

PRUEBAS

Su admisibilidad en inspección ocular.

Acoge, así el Tribunal la interpretación que le ha dado la Corte al numeral 2º del Art. 597 del C. J., que hoy reitera, o sea la de que en una inspección ocular no pueden las partes presentar pruebas *ad-libitum*, sino sólo aquéllas que pidieron dentro del término señalado en la ley para tal efecto, y las que concurren a facilitarle al juez apreciar mejor los hechos materia de la diligencia. Doctrina ésta que informa el precepto del Art. 246, numeral 3, del nuevo C. de Procedimiento Civil, según el cual "durante la inspección ocular podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos, siempre que unos y otras se refieran a los hechos objeto de la misma". (Casación Civil, marzo 17 de 1971).

297

REBELION Y SEDICION

El alzamiento en armas constituye estos delitos. La mera agitación política en contra del Gobierno no constituye el delito de instigación a la rebelión o sedición.

Colige el Procurador que el sindicado procedió enteramente de acuerdo con la ley al ordenar la detención del senador Vives Echeverría, porque éste, al ser aprehendido, se hallaba perpetrando el delito previsto en el artículo 149 del C. P. que es el de la instigación a cometer rebelión o sedición, por lo cual era procedente dar aplicación al artículo 107 de la Carta Fundamental.

Para puntualizar los elementos básicos de la instigación específica para delinquir, prevista en el citado artículo 149, preciso es determinar qué es la rebelión y la sedición (artículos 139 y 142 del C. P.); mas para lo que concierne al caso sub-judice, importa establecer solamente que el núcleo de la acción delictiva de las distintas modalidades de la rebelión así como de la sedición lo constituye el alzamiento en armas. De suerte que quien instigue a cometer el delito de rebelión o sedición, ha de invitar formal y directamente a un alzamiento en armas o comunicar instrucciones o indicar los medios para consumarlo. La primera forma de la infracción implica una instigación directa, e indirecta la segunda. Pero tal instigación debe surgir de los discursos o proclamas o de los escritos publicados, con carácter inequívoco, en forma clara, pues tal es la exigencia que hacen los términos invitación formal y directa, que es tanto como indubitable, seria y capaz de determinar a quienes está dirigida. Por ello —como observa el autor— no todo discurso tendrá carácter subversivo y la mera agitación política contra el gobierno no entraña la modalidad de que trata el precepto del artículo 149.

Ahora bien, el senador Vives Echeverría, según la versión de su discurso tomada auténticamente de la grabación magnetofónica, dijo en la plaza de Bolívar de Armenia que había ido a “las valerosas tierras del Quindío, más que a presidir esta manifestación a organizar la resistencia contra el fraude y la infamia”.

A juicio de la Sala, estas palabras del doctor Vives no constituyen una invitación formal y directa a la rebelión o a la sedición, pues son equívocas, pudiendo interpretarse, entre otros sentidos, como enderezadas a provocar la agitación política contra el gobierno. Y es que de ellas no se desprende inequívocamente que el citado parlamentario invitara al alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, o para impedir el cumplimiento de alguna sentencia, ley, decreto o providencia obligatoria, o para de-

poner a alguno de los funcionarios o empleados públicos, o para arrancarles alguna medida o concesión, o, en general, para impedir en cualquier forma el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes. (Sala Penal, marzo 5 de 1971).

298

RECTO SENTIDO DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Al proceder en esta forma, (condena desde la fecha en que se notificó el auto admisorio del libelo), el ad-quem no tuvo en cuenta el recto sentido del artículo 65, que impone la sanción por mora al patrono que no cancele al trabajador a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos.

Así las cosas, encuentra la Sala que el Tribunal, en la sentencia acusada, teniendo en cuenta que sólo hasta el 20 de agosto de 1968, se había verificado la consignación de lo que estimaron deber al demandante sus patronos, y que por otra parte antes de esa fecha no se había cancelado lo referente a vacaciones y primas de servicio, dio aplicación al artículo 65 CST, pero lo limitó en sus efectos y sólo produjo la condena desde la fecha en que se notificó el auto admisorio del libelo a uno de los demandados solidariamente el señor Alberto Muñoz Duque, dando como razón que éste y Hernán Ramírez, habían alegado “que se vieron en la necesidad de poner fin a la relación laboral con el actor por causa del encarcelamiento que éste sufrió el 30 de abril de 1968”.

Al proceder en esta forma, el ad-quem, no tuvo en cuenta el recto sentido del artículo 65 citado, que impone la sanción por mora al patrono que no cancele al trabajador a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos consideró que en casos como el sub-lite, en donde existía una investigación penal por el delito de abigeato continuado, la sanción por mora no se causaba sino desde la notificación del auto admisorio, de la demanda.

Si bien es cierto que el derecho de retención consagrado en el artículo 250 del CST, exime del pago al momento de la terminación del contrato, y mientras se resuelve la investigación penal, también lo es que respecto a vacaciones, primas y otras prestaciones, no exista tal derecho lo que hace que la interpretación del Tribunal errónea en sí misma respecto del artículo 65 ibídem, condujo a la aplicación indebida de la misma norma, por cuanto al trabajador se le debían prestaciones no retenibles. (Sala de Casación Laboral, junio 4 de 1971).

299

RECURSO DE CASACION

Su técnica.

Se falta así, como lo observa la Procuraduría, a la técnica del recurso pues el no señalar las causales en cuyo ámbito se formulan los cargos, impide el estudio de éstos ya que cada una de aquéllas tiene su propia naturaleza, que no se confunde con las de las otras.

Además, cada cargo debe tener su peculiar sustentación y dada la diferencia entre las causales, ya señaladas, es de entender que el razonamiento para sustentarlás cuando como en el caso presente, se formulan varios cargos, no puede ser el mismo.

Estas fallas de la demanda exonerarían a la Sala de considerarlo.

Empero, para abundar en razones sobre el rechazo del recurso, resolución que habrá de tomarse en la presente sentencia, se puede añadir que, en forma reiterada la Corte ha sostenido que en los procesos en que interviene el jurado no se puede discutir en casación si, de acuerdo con las pruebas que obran en los autos, la sentencia debió dictarse en uno y otro sentido, por cuanto la interpretación del veredicto corresponde al Juzgado y al Tribunal y si ellos no lo encuentran contrario a la evidencia de los hechos y lo aceptan, la Corte no puede entrar a examinarlo pues no tiene la facultad de hacer esa declaración de

contraevidencia que es privativa de aquéllos y que no se encuentra entre las causales de casación.

Además, y reiterando una también abundante doctrina de la Sala, para que se diga que un veredicto acoge la causal de atenuación de responsabilidad contemplada por el artículo 28 del Código Penal, debe contener todos los elementos que consigna esa norma, a saber, que se afirma la existencia de un estado de ira o intenso dolor y que la causa del mismo haya sido una provocación grave e injusta al mismo tiempo.

En el caso de autos se mencionó la ira y se dijo, por mayoría, que la causa de la misma habían sido los garrotazos recibidos previamente por el procesado.

Pero esta última expresión no equivale a decir que tales garrotazos hubieran constituido una provocación ni, menos, que ésta hubiera sido injusta y grave porque bien pudo suceder que esos golpes se dieron para defenderse o en respuesta a una provocación previa. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

300

RECURSO DE HECHO

Cuantía para recurrir en casación.

Según las normas de nuestro procedimiento civil la demanda debe contener, a más de otros requisitos de forma, la indicación de la cuantía, "cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia". (Artículo 205 C. J.).

Por virtud de este imperativo legal y como el momento de determinar el monto de la pretensión es el de la presentación de la demanda, según lo tienen aceptado la doctrina y a jurisprudencia siguiendo el principio de la unidad de la relación procesal, debe entonces el demandante señalar en su libelo en cifra numérica el valor de la deducida, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure, ya sea en un guarismo único o en tantos cuantos correspondan al número de las acciones agrega-

das. Como la cuantía del negocio corresponde al valor real de las pretensiones, para su fijación ha de considerarse tanto el *petitum* como la causa *petendi* de la demanda, es decir, el valor de la relación jurídico-sustancial dentro de los límites del *petitum*.

La estimación de la cuantía hecha por el demandante en su libelo y no discutida por el demandado, tiene por fin primordial determinar la competencia de los falladores en las instancias del proceso; y como además va a regir todos los aspectos del juicio, constituye también un elemento trascendente para decidir si el valor controvertido permite o no conceder el recurso de casación.

Pero como para cumplir el requisito de señalar la cuantía no es necesario que el actor haga una estimación en forma exacta, sino que basta la indicación del límite mínimo de ella, suelen presentarse, en torno a la determinación del monto del interés para recurrir en casación, dos situaciones diferentes, a saber: 1ª) la demanda señala la cuantía en una cantidad inferior, igual o superior al mínimo establecido por la ley para la procedencia del recurso, evento en el cual la cifra señalada opera para efectos de la casación, sin modificación alguna; 2ª) sólo indica el límite mínimo de la cuantía de la acción. Como en este caso hay verdadera duda acerca del valor efectivo de lo disputado, es pertinente, a términos de lo estatuido por el artículo 51 del Decreto 528 de 1964, determinarlo mediante justiprecio para los efectos del recurso de casación.

La duda sobre la cuantía a que se refiere al artículo 51 citado, que como lo ha dicho la Corte no es la que surja en el ánimo de las partes sino en el entendimiento del juzgador mismo, tiene que ser razonable; y ni ella ni el dictamen que la despeje pueden llegar hasta los extremos de ignorar o contrariar el propio contenido de la demanda.

Cuando el actor en el mismo libelo acumula varias pretensiones pero sólo señala en él en cifra numérica el valor de alguna o algunas de ellas, puede surgir para el juez

motivo de duda acerca de la cuantía del interés para recurrir en casación. En tal hipótesis la duda sólo es parcial porque encuentra en la demanda valores inmodificables, y, por tanto, debe provocar la intervención parcial pero sólo para determinar el monto de las pretensiones no evaluadas concretamente por el demandante.

La misión de los peritos en el avalúo de la cuantía del interés para recurrir en casación no es ilimitada; se reduce a conceputar sobre las cuestiones de hecho que exijan conocimientos especiales, sin que les sea permitido, por ser contrario a la esencia misma de la prueba, llegar hasta la evaluación jurídica de una determinada situación fáctica por ser actividad exclusiva e indelegable del fallador. (Casación Civil, mayo 25 de 1971).

301

REFORMATIO IN PEJUS

Para rechazar el cargo basta observar que el fenómeno de la *reformatio in pejus*, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia, únicamente puede tener lugar cuando una sola de las partes ha apelado de la providencia de primer grado y su situación ha sido agravada por el superior. Por lo demás, así se desprende claramente del texto de la causal segunda en que se apoya la acusación: "Contener la sentencia del Tribunal decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta". (Subraya la Sala).

Por manera que si ambas partes apelaron, como comienza por reconocerlo el propio recurrente, salta a la vista que no se cumple uno de los requisitos indispensables para que aquel fenómeno pueda darse, cual es el de que haya habido un único apelante.

No sobra anotar, de otro lado, que la apelación interpuesta por los dos litigantes faculta al Tribunal para revisar todo el proceso, y que si el demandado pretendía una absolución total con base en la inexistencia del contrato de trabajo, esa aspiración

llevaba implícita la de una absolución parcial o la de simple disminución del valor de las condenas. (Sala de Casación Laboral, febrero 17 de 1971).

302

REFORMATIO IN PEIUS

De lo dispuesto en el artículo 494 del C. Judicial, fluye nítidamente que la prohibición impuesta al superior para enmendar la providencia revisada en la parte que no es objeto del recurso, limitase exclusivamente a los pronunciamientos hechos en favor del apelante, pues sólo en beneficio de éste se consagró el principio de la no reformatio in peius; que no puede amparar a los que no recurrieron de esa providencia.

Cuando el artículo precitado dice que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, implícitamente está afirmando que la sentencia puede ser modificada por el superior en todo cuanto perjudica a aquél, lo cual obviamente es lo que beneficia a la parte que no apeló. Por ésto, el artículo acusado añade, como explicación del principio sentado en su oración inicial, que el superior no puede enmendar la providencia que en la parte que no es objeto del recurso, con la salvedad allí precisada. (Casación Civil, 19 de febrero de 1971).

303

REFORMATIO IN PEIUS

Su acusación en el recurso extraordinario sólo procede por la causal primera de casación.

El artículo 494 del C. J., que prohíbe la reformatio in peius, es indiscutiblemente una norma sustancial por cuanto en ella se consagra el derecho del apelante a que no se reforme la providencia recurrida en lo que le es favorable. Por tanto, la sentencia del Tribunal que agrave la situación del apelante infringe directamente, por falta de aplicación, el precepto citado, y, de consiguiente, su acusación en el recurso extra-

ordinario sólo procede por la causal primera de casación.

Sin embargo, la doctrina de la Corte acerca de la causal que ha de invocarse cuando el Tribunal incide en reformatio in peius no ha sido uniforme, pues aunque generalmente ha aceptado que la acusación del fallo de segunda instancia se formule con base en la causal primera, ha admitido en ocasiones que se le censure con base en las causales segunda y cuarta.

Con el fin de sostener la procedencia de la segunda dijo esta Corporación en sentencia de 11 de mayo de 1948, que dicha causal "de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal de que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resolver todas las cuestiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresivamente" que las pretensiones del apelante quedan reducidas a obtener la reforma de los puntos que le son desfavorables, y por consiguiente el fallo es incongruente cuando el Tribunal los reforma; y que "para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de las pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron sub-judice". (LXIV, 124).

Y como fundamento de la doctrina que admite la procedencia de la causal cuarta, ésto es haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., siempre que no haya sido saneada, dijo en sentencia de 17 de julio de 1954: "La reformatio in peius, producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del citado artículo 494 del C. Judicial, que la prohíbe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1º, artículo 448 ibídem, ya que el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de la alzada". (LXXVIII, 85).

Mas si, como ya se vio, la sentencia del Tribunal que reforma la de primer grado en la parte favorable al apelante infringe directamente, por falta de aplicación, el precepto sustancial contenido en el artículo 494 del C.J., síguese que la acusación ha de formularse inexcusablemente con fundamento en la causal primera de casación, ya que ésta se estableció específicamente para los casos en que la sentencia de segunda instancia es "violatoria de la ley sustancial", cualquiera que sea la especie de quebranto y la forma como éste se haya producido. No es procedente acudir en tal hipótesis a la causal segunda, pues la incongruencia sólo puede invocarse cuando con prescindencia de toda alegación sobre violación de normas sustanciales, se afirma que la sentencia decide sobre puntos ajenos a la controversia (*extra petita*), o que prevé más allá de lo pedido (*ultra petita*), o que dejó sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (*mínima petita*). "Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso o el que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado". (LX, 164). Y con mayor razón, si se quiere, resulta impertinente invocar la causal cuarta en el caso de la *reformatio in peius*, desde luego que la infracción del artículo 494 precitado entraña un error de juicio y no de procedimiento.

Rectifícanse así las doctrinas anteriores de la Corte que admitían la procedencia de las causales segunda y cuarta para acusar en casación la sentencia del Tribunal que infringe el mencionado artículo 494 del C.J.

No está de más observar que las discrepancias que en el punto se suscitaron habrán de desaparecer cuando entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, puesto que en él se consagra como causal autónoma de casación la *reformatio in peius*. El artículo 368 de dicho estatuto establece, en efecto, que son causales de casación: "... 4.- Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situa-

ción de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación". (Casación Civil, 3 de junio de 1971).

304

REGIMEN DISCIPLINARIO

(Principio de legalidad de la conducta punible y de la pena).

1) No escapa al régimen disciplinario la garantía que enuncia el principio de legalidad de la conducta punible y de la pena (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), que consagra la Constitución Nacional y reiteran los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

La conducta del funcionario o empleado de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, para que constituya falta dentro del régimen disciplinario, debe acomodarse a alguna de las descripciones que traen los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 250 de 1970.

2) El artículo 96 de ese estatuto, citado tanto por la Procuraduría del Distrito Judicial de Barranquilla como por el Tribunal Superior de Aduanas como precepto que da fundamento a la sanción disciplinaria impuesta a la juez acusada, dice:

"En general constituye mala conducta el incumplimiento de los deberes propios, la infracción de las incompatibilidades y la incursión en los impedimentos de conductas para el ejercicio del cargo".

Los Títulos XI y XII del Decreto 250 de 1970 se refieren a los "deberes de los funcionarios y empleados" y a las citadas "incompatibilidades". En cuanto a los primeros, se dispone lo que pasa a transcribirse:

"Artículo 73. Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público deben observar en todo tiempo y lugar irreprochable conducta pública y privada.

"Artículo 74. Los funcionarios y empleados deben residir en la sede de su cargo,

de la que no podrán ausentarse en los días y horas de trabajo sino con permiso. Empero, el respectivo superior podrá autorizar la residencia en lugar distinto de la sede por motivos justificados y siempre que no se perjudique la marcha del trabajo.

“Artículo 75. Los funcionarios y empleados tienen el deber de guardar reserva acerca de las decisiones que deben dictarse en los procesos mientras no sean autorizados por el Secretario.

“Artículo 76. Todo funcionario tiene el deber de examinar en los expedientes de que conoce si se ha incurrido por otros funcionarios o empleados en infracciones penales o de policía o en faltas disciplinarias y de dar el aviso correspondiente para su investigación.

“Artículo 77. Los funcionarios y empleados deben cumplir con los deberes que los respectivos códigos de procedimiento señalen y los empleados, además, con los que establezcan los reglamentos y con las instrucciones del superior.

“Artículo 78. Las secretarías de las corporaciones, Salas y Juzgados deben permanecer abiertas y con despacho al público durante los días y horas de trabajo y no se podrán cerrar en tal tiempo sino por motivos justificados”.

A manera de ejemplo y respecto a la alusión que hace el artículo 77 del Decreto 250 de 1970 a deberes señalados en los códigos de procedimiento, cabe indicar los que trae el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), de los cuales, entre otros, se transcriben los siguientes:

“1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

“2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.

“3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos

contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

“5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales.

“.....

“7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios, so pena de incurrir en multa de quinientos pesos cada vez que no lo hiciera.

“.....

Resulta evidente, entonces, que las normas sobre competencia y ritualidad de los procesos, en cuanto deben ser tenidas en cuenta y observadas por los jueces, no entran en esa órbita de “deberes” de los funcionarios encargados de administrar justicia.

3. Es de esperarse de las peronas a quienes el Estado encomienda la importantísima función de impartir justicia el mejor acierto en la aplicación de las leyes. Pero el error que cometan al fijar su alcance, si en él incurre de buena fe, no puede originar sanción alguna. (Sala Penal, Bogotá, D. E., 19 de noviembre de 1971).

305

REIVINDICACION

No se requiere que el reivindicante “haya perdido la posesión” sino que no esté en posesión.

En el propósito de satisfacer la finalidad primordial del recurso de casación, cual es la de unificar la jurisprudencia nacional, estima indispensable la Corte rectificar la afirmación que se hace en la sentencia recurrida de que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se requiere que el demandante haya estado en posesión quieta y pacífica del bien durante un año completo y que el demandado lo haya despojado, pues el artículo 946 del C.C. no exige que el dueño de la cosa singular que se vindica haya perdido la posesión de la misma sino que no está en posesión de ella.

“Al otorgarle el artículo 946 esta acción al dueño de cosa singular ‘de que no está en posesión’ adoptó esta fórmula del proyecto inédito de Bello que sustituyó la consignada en el 1853 (artículo 1030) que expresaba: ‘cuya posesión haya perdido’. De esta suerte quedó clara y acertadamente definida la milenaria polémica doctrinal acerca de si para la procedencia de la reivindicación era o no necesario que el actor ya hubiera entrado en posesión de la cosa, v. gr. porque le hubiera sido entregada por su tradente y que posteriormente hubiera perdido dicha posesión. Se dice que la solución de nuestro Código es la acertada porque, se repite, que la acción reivindicatoria emana directamente del derecho de dominio y, además, porque en el sistema del mismo Código este derecho se adquiere mediante la sola inscripción registral del título traslativo en tratándose de inmuebles, o por una tradición ficta o simbólica de los bienes muebles”. (CXXIX, 110). (Casación Civil, 7 de julio de 1971).

306

REIVINDICACION

Quién puede reivindicar, acción publiciana. Contra quién se puede reivindicar. Casos de excepción en que puede dirigirse la acción contra quien ha dejado de ser poseedor.

I. El dominio, como derecho real que es, se caracteriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir la cosa sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre.

Por ello el Código Civil Colombiano, después de definir el derecho real de propiedad como el que se tiene “en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. (Artículo 669), se ocupa, en el Título 12 de su Libro 2º, de la acción reivindicatoria, consagrándola como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consubstancial al dominio, y obtener la consecuencial restitución de la cosa a su dueño.

Define así la reivindicación, que también llama acción de dominio, atendiendo a su finalidad esencial al decir que “es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla” (Art. 946), expresiones que reflejan claramente el pensamiento del legislador, traducido en que en las controversias de esta especie la legitimación en la causa corresponde, por el aspecto activo, al propietario del bien; y por el pasivo, al actual poseedor de éste.

II. La reivindicación es una acción real, puesto que nace de un derecho que tiene ese carácter cual es el de dominio.

Y es este rasgo el que especialmente la distingue de otras acciones de restitución que, por fundarse en un vínculo contractual entre demandante y demandado, son de naturaleza personal, las cuales por tanto pueden instaurarse por quien esté ligado con éste, sea o no dueño de la cosa cuya restitución busca, puesto que en tal evento se puede ser acreedor a la entrega de un bien muy a pesar de que no se tenga la calidad de propietario del mismo.

Sin embargo de que es real, la reivindicación da lugar a prestaciones personales, tanto del reivindicador a favor del poseedor vencido, como de éste respecto de aquél, que le son accesorias y que provienen de la situación respectiva en que se hallan colocados con relación a la cosa reivindicada.

III. El aludido Título 12 del Libro 2º del Estatuto Civil, luego de definir la acción de dominio, reglamenta separadamente en cuatro capítulos las “cosas que pueden reivindicarse”, “quién puede reivindicar”, “contra quién se puede reivindicar”, y las “prestaciones mutuas”, regulaciones de las cuales importa considerar, para decidir la controversia sub-judice, algunas de las referentes a los tres últimos.

Quién puede reivindicar

IV. Por definición, la reivindicación es la acción que tiene el dueño de una cosa singular (Art. 946). Por cuanto nace del derecho de dominio, la acción comentada corresponde, en principio, “al que tiene la

propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”, según lo consagra el artículo 950 del Código citado.

Puede reivindicar, por lo tanto, no sólo el verdadero propietario que tenga la propiedad libre de toda condición y limitación, el dueño de un bien que no se halle gravado con un derecho real principal a favor de otra persona; sino también el propietario que está obligado a restituir la cosa eventualmente en caso de verificarse una condición, o el nudo propietario cuyo dominio esté limitado por un derecho de usufructo, de uso o de habitación.

V. Como excepción a este principio nuestra ley concede la referida acción, según lo preceptúa el artículo 951 *ibídem*, “al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción”, la que sin embargo no puede incoar contra el verdadero dueño ni contra el tercero que posea con igual o mejor derecho que el demandante.

Mediante esta norma nuestro derecho positivo consagró la acción publiciana, así conocida por haber sido introducida en Roma por el pretor Publicius como medio para tutelar el derecho de quien estaba en camino de adquirir la propiedad por usucapión y era privado de la cosa. Mediante una ficción se consideraba que el poseedor había cumplido el tiempo necesario para que operara este modo de adquirir, y así podía reclamar la restitución de la cosa sobre la cual apenas si tenía una propiedad bonitaria.

Esta acción publiciana era, pues, en cuanto a su forma una *actio fictitia* porque reposaba sobre la ficción del cumplimiento de una usucapión que no se había realizado aún; y en cuanto a su naturaleza y sus efectos una *rei vindicatio*, que producía las consecuencias de esta acción dada para la protección de la propiedad quiritaria.

Contra quién se puede reivindicar

VI. Según la definición que de la acción reivindicatoria da el artículo 946 del C. C., ella debe dirigirse contra el poseedor que es quien puede restituir la cosa al reivin-

dicador. Por eso el artículo 952 estatuye que “la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor”.

De acuerdo con el claro contenido de estas normas, por regla general sólo el actual poseedor de la cosa puede ser el sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria: excepcionalmente ésta podrá dirigirse contra el que fue poseedor y dejó de serlo.

Pero como el ánimo de señor y dueño, elemento que junto con la tenencia configura la posesión, es un hecho interno y por ende no susceptible de apreciación a primera vista, el reivindicador, puede cuando ignora el carácter en que la cosa es tenida por otra persona, dirigir la acción contra ese tenedor. Demandado en esa calidad, el mero tenedor de la cosa debe declarar que no la tiene a su nombre y expresar el de la persona a cuyo nombre la detenta y la residencia de ésta, puesto que él, precisamente por no ser poseedor, no es legítimo contradictor en el juicio; y si oculta su situación y sigue el proceso con la aparente categoría de poseedor, exponiendo con su conducta al demandante a que pierda el dominio por la prescripción que seguirá corriendo en favor del verdadero poseedor, ejecuta un hecho ilícito que lo hace responsable de los perjuicios que de él resulten para el actor.

Tal es la preceptiva contenida en los artículos 953 y 954 del C. C. De ella se infiere que no es que el legislador haya excepcionado el principio considerando al tenedor como posible sujeto pasivo de la reivindicación, sino que, precisamente para determinar la persona del poseedor verdadero, le impone ciertas obligaciones según sea la conducta que asuma en el juicio.

De ahí que, como lo ha dicho la Corte interpretando el sentido y el alcance de los artículos 952, 953 y 954, “todo esto reafirma lo que ese Código establece al definir la acción reivindicatoria y al precisar contra quién procede, fijando al poseedor como sujeto responsable. De otro modo, no sólo incurriría en grave contradicción, sino que desnaturalizaría la acción de dominio. Este es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega el ánimo de señor

—*corpus et animus*— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido” (LVIII, 2016, Pág. 172).

VII. El principio de que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor de la cosa no es sin embargo absoluta: encuentra, consagradas por la ley, dos excepciones a virtud de las cuales puede incoarse en frente de quien habiendo sido poseedor ha dejado de serlo, así:

a) El artículo 957 la hace extensiva contra el que “poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese”. Es éste, pues, un caso de ficta posesión en el cual la misma acción reivindicatoria es figurada, porque en el fondo, desde que se dirige contra quien ha dejado de ser poseedor, no persigue la cosa y es acción simplemente personal, que sólo se reviste del carácter de la reivindicatoria para hacer más ventajosa la posición del dueño, víctima de un adversario doloso; y

b) Mediante el artículo 955 *ibidem*, cuando se haya hecho imposible o difícil la persecución del bien, puede dirigirse la acción reivindicatoria “contra el que enajenó la cosa”, a efecto de obtener la restitución de lo que haya recibido por ella, si la enajenó de buena fe, o para la indemnización de todo perjuicio si el falso tradente procedió a sabiendas de que era ajena. Pero también en este caso, como en el anterior, se trata de una acción reivindicatoria figurada, porque se funda en el concepto de la subrogación real, ésto es, la sustitución, por virtud de una ficción de la ley, de una cosa por otra como objeto del derecho.

VIII. El Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil contiene las disposiciones regulativas de las “prestaciones mutuas”, es decir, de los recíprocos derechos y obligaciones que por razón de la reivindicación surgen para el reivindicador triunfante y para el poseedor vencido. Y en el último de sus artículos preceptúa que “las reglas de este título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mue-

ble, aunque lo haga sin ánimo de señor”.

Dicho estatuto define la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño (762); la distingue de la tenencia en que ésta es la que se ejerce sobre un bien, pero no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño (775); exige ese ánimo, ya sea en tratándose en la posesión regular (764), ya sea refiriéndose a la irregular (770); y atribuye a la mera tenencia carácter inmutable al estatuir que no se muda en posesión por el simple lapso de tiempo. Y si, como ya está dicho, la reivindicación, como acción de dominio que es, se dirige contra el poseedor, ésto es, contra el que detenta la cosa en su poder con ánimo de dueño, que es el que lesiona el derecho del propietario al pretenderse dueño del bien que pertenece a otro y desconoce el dominio de éste, cabe deducir que el precitado precepto 971 no consagra ni puede consagrar una excepción a la regla fundamental de que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor para obligarlo a restituir la cosa a su dueño.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte. En efecto, en sentencia de 5 de diciembre de 1944, reiterándola luego en las de 28 de julio de 1954, 27 de abril de 1956 y 5 de diciembre de 1957, sentó la doctrina de que “no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión al mismo título que él encierra, identificando con ella la mera tenencia, a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente (LVIII 172; LXXXVIII, 141; LXXXII, 305; XC, 74). (Casación Civil, 4 de octubre de 1971).

307

REMATE

Su nulidad como acto procesal.

El remate, no considerándolo como acto civil sino como acto procesal, puede resultar inválido en uno de estos dos eventos: cuando se decreta la nulidad del juicio dentro del cual se ha llevado a cabo; o cuando se

declara la ineficacia de la subasta, por falta de las formalidades prescritas por la ley para su celebración.

Si la demanda trae deducidas concurrente y simultáneamente estas dos acciones, ambas pretensiones deben ser objeto de consideración y resolución por el juez. Mas, por tratarse de acciones distintas en su contenido y alcance, habrá de hacerlo con acatamiento de las diferentes normas legales que regulan cada una de estas situaciones: la nulidad del juicio se rige necesariamente por el Art. 448 del C. J., norma ésta que al determinar las causales de nulidad para todos los juicios, es parte integrante pero principalísima dentro del conjunto de las disposiciones que gobiernan la materia, y, además, si el juicio cuya validez se discute es ejecutivo, por el Art. 451 de la misma obra, en cuanto por él se señalan los motivos específicos de nulidad en este procedimiento; la nulidad del remate por falta de formalidades en su celebración por la disposición contenida en el ordinal 2º del precitado artículo 451, puede tener ocurrencia también en el juicio de venta y en general en todos los procesos en que haya remate de bienes (Arts. 1197 y 451 C. J.). Casación Civil, 8 de marzo de 1971).

308

REMATE

Su nulidad.

Como compraventa o acto civil y como acto o diligencia procesal.

Desde vieja data ha advertido la doctrina que la venta de bienes realizada por los órganos de la jurisdicción es un fenómeno realmente híbrido, en el cual se combinan los elementos del derecho civil y del derecho procesal. Por consiguiente la ha considerado como compraventa y como diligencia judicial; aceptando la posibilidad de su anulación pero marcando, en cuanto dice al tratamiento jurídico que debe darse en cada caso, la diferencia que hay entre la nulidad del remate, como acto civil, y su anulación como acto integrante de un procedimiento.

“Una cosa es el remate como acto civil —dijo la Corte en sentencia del 26 de septiembre de 1935—, como contrato de venta en que el juez representa al vendedor, y otra muy distinta las formalidades relativas al procedimiento y al mismo acto de remate. En cuanto al contrato de venta, en sí mismo considerado, se rige por los principios que dominan la teoría legal de los actos y contratos y declaraciones de la voluntad, y en cuanto a la formalidad del remate, por las disposiciones consagradas en el C. Judicial. Por eso, como desde hace mucho lo ha dicho la Corte, el acto judicial llamado remate, no puede regirse por las mismas reglas que gobiernan los actos y las declaraciones de la voluntad, referentes a la venta que se hace en un juicio” (G. J., T. XLIII, N° 1904, Págs. 62 y 63).

A la invalidación del remate puede llegarse pues por la ausencia de los requisitos establecidos por la ley para él, considerado como un acto jurídico civil, y por falta de sus formalidades propias como acto procesal. En el primer evento las causas determinantes generan nulidad sustancial, absoluta o relativa, según la clase de requisitos pretermitidos; al paso que en el segundo se alude a informalidades, determinantes de nulidad procesal.

Pero si a esta invalidación puede llegarse después de efectuado el remate, mediante juicio ordinario en ambas hipótesis, es preciso advertir que los titulares de la acción son diferentes en cada caso. El interés para pedir la anulación de la subasta como acto civil radica, cuando se trata de nulidad absoluta, en toda persona que lo tenga en ello, en el ministerio público y puede declararse por el juez, aun sin petición de parte, siguiendo lo preceptuado por el Art. 2º de la Ley 50 de 1936; y cuando de nulidad relativa, en aquellas personas en quienes expresamente la ley concede la acción rescisoria. La nulidad del remate por ausencia de las formalidades previstas en el Art. 451, inciso 2º, del C. Judicial, sólo puede decretarse por demanda formulada por cualquiera de las personas que hubieren sido parte en el juicio en que se realizó, citando a todas las demás y al rematante. La relación procesal debe trabarse, en el primer caso, entre el

antiguo propietario del bien subastado y el rematador o, en general, entre quienes tengan interés en la eficacia o ineficacia del remate como acto civil; o en el segundo, entre quienes fueron parte en el juicio y el rematador, pues a todos éstos afecta la suerte del acto procesal cuya validez se discute.

Cierto es que, como lo ha dicho la Corte, una cosa es la nulidad del juicio ejecutivo y otra bien distinta la nulidad del remate, hasta el punto de que la primera lleva consigo la segunda pero no al contrario. Mas si la nulidad del remate no invalida el proceso ejecutivo en toda su integridad, es claro que sus efectos sí repercuten en esta parte del juicio; porque obligado el rematador a restituir la cosa y el acreedor a reintegrar lo que recibió del producto de la subasta por su crédito, como ineludible secuela de la declaración de nulidad, renace para éste la facultad de continuar la ejecución, la cual obviamente afecta la situación de todos los deudores ejecutados que ya se consideraban liberados de esa obligación.

Si, como lo ha sostenido la doctrina aludiendo al carácter sustancial del precepto contenido en el numeral 2º del Art. 451 citado, por dicha norma, se confiere derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consistente en solicitar su nulidad por ausencia de formalidades procesales, no sería razonable que si la invalidación se pide dentro del juicio en que el remate se hizo, no pueda decretarse sin la citación de todas las partes en él, y la del rematador; y que en cambio, cuando es solicitada en juicio posterior, pueda declararse sin la presencia de todos.

Cuando la nulidad del remate se pide, no como contrato de venta sino como parte integrante de un procedimiento por omisión de sus formalidades propias, la unicidad de la relación material que constituye el objeto del proceso no permite decisión de mérito sin la presencia en él de todas las personas que fueron parte en el juicio en que el remate se hizo. En este sentido se pronunció la Corte en sentencia de casación del 20 de noviembre de 1948 (G. J., T. LXV,

Nº 2066, Pág. 67). Casación Civil, 14 de junio de 1971).

309

REMUNERACION DE SERVICIOS

Jurisdicción ordinaria y especial, jurisdicción laboral. Decretos 456 y 931 de 1956. Reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones de servicios personales de carácter privado. Nulidad por falta de competencia.

Sostienen los expositores de derecho procesal que la jurisdicción, entendida en su concepto más simplista como la facultad que corresponde privativamente al Estado para dirimir los conflictos de intereses que se presentan entre los asociados, es función única y por consiguiente indivisible en sentido estricto; pero que, atendiendo a la naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto, la administración de justicia se ha dividido en grupos con procedimientos y jueces diferentes.

Es así como clasifican la jurisdicción en ordinaria y especial. La primera, que equivale al género, es la que se ejerce sobre la generalidad de los negocios o controversias que no han sido expresamente asignados a otra; y la segunda, que es la especie, dice relación a determinados asuntos que por razón de la materia se han adscrito para su conocimiento a jueces especiales.

La organización de la administración de justicia en Colombia ha establecido como jurisdicción especial la laboral, orientada por reglas distintas de las que gobiernan la civil, por ser la que se ejerce en principio sobre las relaciones emanadas de los contratos de trabajo en las cuales, por tratarse de asuntos de interés social general, se impone un criterio propio para solucionar los conflictos que de ellas dimanen.

Así, esta jurisdicción especial se ha establecido para el conocimiento de litigios cuya materia es el cobro de sueldos, salarios y prestaciones sociales de trabajadores particulares, de asuntos de fuero sindical o de indemnizaciones por el incumplimiento de

contratos de trabajo, para dirimir cualquier conflicto que se origine en una relación laboral; y, además, para conocer de algunos otros asuntos que por diversas razones se le han adscrito, aunque por su naturaleza no son exclusivamente laborales, como ocurre por ejemplo con el cobro de honorarios profesionales.

El Decreto extraordinario N° 456 de 1956, dictado con el propósito de facilitar el cobro de honorarios y otras remuneraciones de carácter privado, dice en su Art. 1° que "La jurisdicción especial del trabajo conocerá de los juicios sobre reconocimiento de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo" (subraya la Corte).

Y el Decreto extraordinario N° 931 de ese mismo año, mediante el cual se interpretó con autoridad el anterior, estatuyó en su artículo 1° que esta jurisdicción especial sólo debe conocer... "de las demandas sobre reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado... que se instaura a partir del 2 de abril del presente año".

De manera que por expreso mandato de los decretos citados, a partir del 2 de abril de 1956 el conocimiento de los asuntos atinentes al reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia civil para atribuirlo privativamente a la del trabajo, sin consideración a la clase de relación jurídica que les haya dado origen.

Así lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretando el sentido y fijando el alcance del referido Decreto N° 456. En efecto: en sentencia de 6 de julio de 1960 dijo: "Basta leer el Art. 1° del Decreto 456 de 1956 para adquirir el convencimiento de que los servicios personales de carácter privado a que se refiere la norma pueden tener cualquier causa jurídica, menos el contrato de traba-

jo. Los servicios personales que éste contempla son dependientes, los cuales tienen legislación propia tanto de derecho material como procesal, mientras que los del Decreto son servicios personales independientes o autónomos. Por consiguiente, no quedaron éstos sometidos a las leyes sustantivas del trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de la relación jurídica de que provengan" (XCIII, 337).

Y en sentencia de 30 de marzo de 1963 dijo esa misma Sala de Casación: "A partir de la vigencia del Decreto 456 de 1956, a los jueces del Trabajo se les atribuyó competencia para el conocimiento y decisión de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, 'cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen', según se dispone en su Art. 1°. De allí, que si para obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones, se invoca la prestación de servicios personales de carácter privado, basta esta afirmación para determinar la competencia de la justicia del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que sirva de fuente a la obligación reclamada, ya que su conocimiento le está adscrito por ley" (CI, 698). (Casación Civil, 14 de diciembre de 1971).

310

RENDICION DE CUENTAS

El secuestro debe rendir cuentas al adjudicatario o rematador.

Armonizando el conjunto de normas positivas que lo consagran y regulan, cabe decir que el secuestro judicial, que es la entrega que de una cosa o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga, en depósito y en ocasiones como administrador, a nombre y a órdenes de la autoridad, responde a diversas finalidades.

Porque si, como sucede en los procesos declarativos, mediante el secuestro se de-

posita la cosa que se disputan dos o más a su favor" (Art. 2273 del C. C., 273 y 275 del C. J.), casos hay en que, como acontece en los procesos de ejecución, se entregan al secuestre los bienes que han sido embargados al deudor demandado a fin de tenerlos a disposición para efectos del remate (Arts. 274, 1029 y 1051 C. J.); y casos en que, como ocurre en el juicio de liquidación de la herencia, con este depósito se busca impedir la pérdida de los bienes muebles sucesorales, o evitar los conflictos que por razón de la administración de toda clase de bienes surjan entre los herederos.

En cualquiera de las circunstancias en que haya lugar a él y sin consideración a su especial objetivo, el secuestre se perfecciona con la entrega de la cosa que a título precario hace el juez al secuestre; y éste cesa en sus funciones cuando, en acatamiento de la orden judicial que así lo dispone, restituye el bien o bienes a quien por derecho corresponde.

Durante el lapso comprendido entre estos extremos, más o menos largo según las contingencias de la litis, el secuestre está en relación con la cosa a título de mero tenedor y en definitiva la tiene a nombre del propietario o de quien llegue a serlo.

Cuando el depósito judicial versa sobre inmuebles la ley equipara el secuestre al mandatario, y como tal tiene, por razón de la administración, los derechos y los deberes de éste. En cuanto a sus facultades, ellas se hallan debidamente determinadas en el C. Civil; y en lo que dice relación a sus obligaciones le corresponde, entre otras, según lo prescriben los Arts. 2181, 2279 del C. C. y 296 del C. J., dar cuenta comprobada de su administración.

Es la naturaleza jurídica del encargo recibido la que impone la necesidad de que el secuestre, por el hecho mismo de administrar lo ajeno, cumpla con el deber de dar cuenta de su gestión "al futuro adjudicatario" de la cosa: si así no procede, nace para éste la facultad de exigirle coercitivamente tal obligación, dentro del mismo proceso en que se practicó el depósito, si su tramitación no ha concluido, o en juicio especial en caso contrario.

Si la subasta pública es una forma de venta; si, como lo enseña el Art. 741 del C. C., el remate es la traslación de los derechos del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquél; y si el acta de remate con su auto aprobatorio se equiparan a escritura pública, procede aceptar que mediante el remate el rematador adquiere la calidad de adjudicatario de la cosa secuestrada y subastada, y, por ende, legitimación para demandar al secuestre en acción de rendición de cuentas por razón de la administración, desde que adquirió el dominio del bien y por todo el tiempo posterior hasta tanto el depositario se la restituya. El registro de la adjudicación tiene claramente el alcance de transferir al rematante todos los derechos que su tradente tenía por razón del bien rematado, de acuerdo con los Arts. 673, 740 y 741 del C. Civil.

Sostener, como lo hace el Tribunal, que el secuestre no está obligado a rendir la cuenta de su administración al rematador, porque ésta no es "la parte litigante que en definitiva gana el pleito", ni "interesado" en el juicio en que se hizo la subasta, es restringir el sentido y el alcance de los textos de los Arts. 2273 del C. C. y 296 del C. J. Entendidas así estas disposiciones carecería de razón y de objeto el precepto del Art. 2279 del C. C., que lleva hasta el "futuro adjudicatario" el derecho a demandar al secuestre para que rinda la cuenta de su administración, desde luego que el remate lo inviste de esa calidad. (Casación Civil, 21 de mayo de 1971).

311

REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURIDICA

La sola manifestación de quien se dice representante de una persona jurídica no demuestra tal hecho, cuya prueba es solemne, a la luz de las disposiciones tanto civiles como mercantiles que regulan los diversos tipos de sociedades. (Sala de Casación Laboral, febrero 9 de 1971).

312

RESOLUCION DE LA PERMUTA

La acción resolutoria de contrato bilateral es constitutiva, personal e indivisible.

La acción resolutoria de contrato bilateral, cuyo principal fundamento legal es el artículo 1546 del Código Civil, es eminentemente constitutiva (G. J. N° 1941, Pág. 243; LXII, Pág. 63) puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo; es personal (XXI, Pág. 308); (XXII, Pág. 25) porque sólo los contratantes y sus causahabientes pueden promoverla y afrontarla, lo cual significa también que se produce entre ellos un litisconsorcio necesario (LXXIX, Pág. 157) que exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio en que se pretende la resolución del mismo y por consiguiente que es indivisible (Cas. Civ. 30 de mayo de 1932, G. J. N° 1884, Pág. 564; Nov. 2 de 1936, G. J. N° 1997, Pág. 391). Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine qua non que el contratante contra el cual se promueve haya incurrido en mora y que el actor por su parte, haya cumplido o allanándose a cumplir las obligaciones a su cargo "en la forma y tiempo debidos" (Cas., abril 21 de 1939, G. J. N° 1947, Pág. 58; febrero 2 de 1940, G. J. N° 1953, Pág. 54; enero 30 de 1963, G. J. N° XCVIII, Pág. 30).

De lo anterior se deduce sin lugar a dudas que la ley otorga al contratante que cumplió con sus obligaciones el derecho alternativo, de demandar la resolución o el cumplimiento, y que aquélla destruye el contrato, con efecto retroactivo, es decir, como lo ha dicho la Corte, "que se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... no hay duda que el contrato resuelto queda retroactivamente anonado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte... obliga al juez a eliminarlo. (Cas. Nov. 25 de 1935, LXII, Pág. 391)". (Abril 26 de

1955, LXXX, Pág. 55). Es obvio que un contrato, en estas condiciones, no puede quedar "aniquilado o anonado", para emplear la misma terminología de la doctrina transcrita, sólo en parte y en relación con sólo algunos de los contratantes, ni que las cosas puedan retrotraerse apenas parcialmente al estado que tenían antes del contrato, luego forzoso es concluir que la acción resolutoria es indivisible so pena de desconocer el principio de contradicción. Un contrato no puede quedar aniquilado para unos y al mismo tiempo continuar vigente para otros. No siendo pues, divisible la resolución y por ende no siéndolo tampoco la acción tendiente a que la justicia la decrete, por haber en ella un litisconsorcio necesario, es inconcuso que en el juicio mediante el cual se promueve tal acción deben ser parte los que lo fueron en el contrato cuya resolución se demanda.

Por consiguiente, debe insistirse en que la acción resolutoria es indivisible, lo cual lleva a la Corte a reiterar la doctrina que en ese sentido expuso en sus sentencias del 30 de marzo de 1932 (G. J. N° 1884, Pág. 564), y del 10 de mayo de 1942 (G. J. N° 1983, Pág. 110) y a rectificar en lo pertinente aquéllas en que sostuvo la tesis contraria, en los precisos casos en que fueron proferidos (Cas. Civ., 26 de febrero de 1930, G. J. N° 1861, Pág. 487; 19 de diciembre de 1930, XXXVIII, Pág. 389 y 5 de junio de 1945, LX, Pág. 670), vale decir, en cuanto en dichos fallos se dijo que la referida acción resolutoria es divisible si el objeto de la obligación es susceptible de división. (Casación Civil, 3 de noviembre de 1971).

313

RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL

Influencia del fallo penal en el proceso civil.

En relación con el alcance del artículo 28 del C. de P. P. ha dicho la Corte:

"La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzga-

da, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas, se basa sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente por el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública.

“De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso penal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado —animus nocendi— o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habersele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, donde los jueces podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa”. (Cas. Civil de 29 de noviembre de 1941. G. J., LII, Pág. 798).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia de 17 de junio de 1948, G. J. LXIV Pág. 450: “para determinar si el artículo 28 del C. de P.P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario an-

te todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición, y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio están por decidirse, pues si faltara esa completa identidad, no podría invocarse la autoridad o influencia del fallo penal sobre el civil”. Posteriormente la Corte, al analizar el caso de si alguien absuelto en lo penal puede sin embargo ser demandado civilmente para obtener reparación de los perjuicios causados a la víctima, dijo así: “Si la sentencia que puso fin a la actuación penal hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad criminal del autor material del hecho, en cambio este pronunciamiento absolutorio no es obstáculo para que a su vez la jurisdicción civil examine si existe o no culpa o falta que acarree para el mismo o para la persona o entidad que tiene el deber jurídico de responder por él, la responsabilidad que su hecho comporta”. (Cas. Civil de 9 de septiembre de 1948, G. J. LXV. Pág. 210).

Relacionando las premisas anteriores con el caso sub-lite, resulta que la jurisdicción penal, al dictar el auto de sobreseimiento definitivo en favor de los demandados, declaró que no constituían delito de incendio los hechos a ellos imputados pero no que no hubiera existido el incendio mismo ni decidió nada en relación con las actividades susceptibles de conformar errores de conducta en que, colocada en las mismas circunstancias, no hubiera incurrido una persona que actuara con mediana prudencia.

El fallo que aquí se acusa, se basa en que el auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor de los sindicados no precluye la iniciación de la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al demandante por los hechos omisivos de los demandados que produjeron el incendio en las propiedades rurales de aquél, por haber realizado allí, sin las debidas precauciones, una roza o quema. (Casación Civil, marzo 29 de 1971).

314


**RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL**
Prueba indiciaria.

El reconocer a un hecho acreditado en el proceso el valor de indicio, es función que pertenece a la autonomía del juzgador de instancia, cuyo juicio al respecto no admite censura en casación mientras no adolezca de error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas que acreditan los hechos indiciarios o en arbitrariedad manifiesta en las deducciones o inferencias.

La Corte ha expresado que los "Tribunales son soberanos en esto de apreciar la prueba de indicios, suponiendo que tuvieran este carácter los hechos a que se refiere el recurrente, lo cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del Juez; y porque no pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de un modo evidente, arbitrario sería que aquélla, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación, decidiese sólo por eso que el Tribunal incurrió en error evidente. Trataríase en tal acaso de una simple diversidad de criterio al estimar el valor de una prueba, y en ello, como es perfectamente obvio, podría haber error, si se quiere, pero no en los términos que la ley de casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia. De otro modo la Corte se convertiría, lisa y llanamente, en el Tribunal de Instancia". (G. J. T. 18 Nos. 586 y 937, años 1907 y 1910, Pág. 168). (Casación Civil, febrero 2 de 1971).

315

RESTITUCION DEL RETENEDOR

La acción consagrada en el artículo 971 del C. Civil, es de carácter personal y no real.

La acción consagrada por el Art. 971 del C. Civil, requiere para su estructuración de

los siguientes dos presupuestos: a) La calidad de mero tenedor del demandado; y b) El carácter indebido de la retención, vale decir, que la persistencia de la cosa en poder del tenedor carezca de causa que la justifique. Trátase, pues, de una acción de restitución de carácter personal y no real, puesto que se consagra contra el detentador indebido, en la cual, por tanto, es innecesaria la prueba del dominio, debiéndose en cambio acreditar el vínculo contractual existente entre demandante y demandado en virtud del cual tiene la cosa. Si se estimara que el citado artículo envuelve la acción reivindicatoria, entonces, como lo ha dicho la Corte, el legislador habría incurrido en "grave contradicción... se desnaturalizaría la acción de dominio", y habría que exigir en tal supuesto la prueba de la propiedad al demandante frente al mero tenedor, carga a que no está obligado en la interposición de acciones personales.

El injusto detentador puede haber entrado en la tenencia de la cosa, ora en virtud de un acto jurídico celebrado con el demandante y que le imponía la obligación de restituírsela al vencimiento de un plazo o al cumplirse una condición, o ya por razón de un contrato acordado con el causante del derecho del actor. En ambas hipótesis el demandante, para obtener la restitución del bien y por cuanto pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real, tiene a su favor la acción que emane del contrato, que es por tanto la que debe instaurar; en tal evento al demandado se le aplican las reglas que respecto de deterioros, frutos y mejoras establece el título de la reivindicación, por mandato del Art. 971 citado. No puede por consiguiente ejercitarse en estos supuestos la acción reivindicatoria, no sólo porque media un contrato entre las partes cuyos términos son los que rigen las relaciones que el acto crea entre ellas, sino también porque para tutelar jurisdiccionalmente un derecho es menester, a más de la plena demostración de su existencia, que el reconocimiento se suplique por los trámites consagrados por la ley al respecto, desde luego que las normas procesales son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

A falta de estipulación expresa que concrete los derechos y obligaciones de los contratantes, se impone acatar las regulaciones legales que rijan el respectivo contrato para suplir la voluntad no manifestada por las partes. Con respecto al mandato, por ejemplo, la ley fija las obligaciones y derechos que por razón de la administración de negocios ajenos incumben al mandatario. Entre sus deberes se encuentra, como es obvio, el de restituir al mandante los bienes recibidos de éste y por su cuenta; y en cuanto a sus facultades le reconoce la de retener los efectos que se le hayan entregado para la seguridad de las prestaciones a que el mandante está obligado por su parte (Art. 2188 C.C.).

El Código Judicial que rigió en el país hasta el 30 de junio pasado, reglamentando los juicios de tenencia, estatua en el Art. 1115 que los trámites por él establecidos para el juicio de lanzamiento se debían aplicar, "en lo pertinente, a la restitución de cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan", precepto éste que, como lo dijo la Comisión Redactora de dicho estatuto, comprendía los casos de comodato, depósito, prenda, anticresis, de bienes tenidos en virtud de un derecho de retención, y, en fin, cualquier supuesto de tenencia a título distinto de arrendamiento.

Y el Código de Procedimiento Civil vigente hoy así lo dispone también. En efecto: después de determinar en su artículo 414 los asuntos que deben tramitarse y decidirse en proceso abreviado, dentro de los cuales enlista al lanzamiento del arrendatario, o del "tenedor a cualquier otro título", preceptúa en el Art. 435 siguiente que las reglas dadas para el lanzamiento del arrendatario se aplican en toda restitución de bienes, muebles o inmuebles, "dados en tenencia a título distinto de arrendamiento".

Igualmente, al Código Judicial reglamentaba, como acción especial de tenencia, la que asistía al adquirente del dominio o de cualquier derecho real principal constituído sobre un inmueble, cuya tradición le-

gal se hubiera efectuado previamente, para que su tradente no retuviera materialmente la cosa en su poder (Art. 887). El Código de Procedimiento Civil vigente hoy conserva, aunque con sustanciales modificaciones, la acción tendiente a obtener la entrega de la cosa por el tradente al adquirente.

Por cuanto las acciones personales de restitución sólo pueden entablarse cuando el demandado se encuentra vinculado contractualmente con el demandante, cuando la restitución de la cosa se pide de un tercero que la posee entonces sí es forzoso intentar contra éste la acción reivindicatoria, la cual puede o no estar subordinada a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no contractualmente con dicho causante. Sucede lo primero, por ejemplo, cuando para reivindicar de ese tercer poseedor se impone previamente demandar la nulidad o la resolución de un acto que vincula al demandante con su adquirente, quien a su vez enajenó la cosa al tercero; y acontece lo segundo, cuando el causante del actual poseedor no ha estado vinculado jurídicamente con el reivindicador, tal cual ocurre en los casos de venta de cosa ajena. (Casación Civil, octubre 4 de 1971).

316

RESTITUCIONES MUTUAS

Elemento "a sabiendas". La inscripción en el registro no hace presumir su conocimiento general.

Por mandato legal y como principio de orden general, la nulidad cualquiera que sea su especie —absoluta o relativa—, una vez declarada, consagra en pro de las partes contratantes el derecho de ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, cumpliéndose este objetivo a través de las restituciones mutuas. Sin embargo se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud (Art. 1525).

Esta excepción es de gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa en el negocio jurídico "a sabiendas" de la ilicitud.

Ahora, qué se entiende por "a sabiendas"? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, éstas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (Arts. 28 y 29 del C.C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.

En este orden de ideas, el adverbio "a sabiendas", según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa "de modo cierto", "ciencia segura", o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del C.C. cuando utiliza la locución "a sabiendas", expresión esta empleada en otros artículos del C. Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 N° 1º, 1870, 1992 y 2017):

No puede afirmarse que el Art. 2637 del C.C. sirva de vehículo para derivar el elemento "a sabiendas" que exige el Art. 1525 ibídem. Sobre el particular ha dicho la Corte: "La inscripción en el registro público de un embargo y en general de cualquiera otro acto, título o documento, tiene por objeto entre otros fines el de darle publicidad a ese acto y permitir que sea conocido, pero no es un hecho erigido por la ley en presunción de conocimiento general del acto que se registra. En otros términos esa ins-

cripción permite conocer el acto que se lleva al registro, pero no constituye presunción de que en realidad se le conoce". (Casación Civil, junio 7 de 1966, aún no publicada). (Casación Civil, enero 22 de 1971).

317

RETRACTACION

Declaraciones hechas en documento.

La Corte ha expuesto reiteradamente que carece de todo valor la retractación que posteriormente haga el signatario de un documento en cuanto a las declaraciones que éste contiene, porque "se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario tendría que dar la prueba". (Cas. Civ. 11 de abril de 1946, G.J. 2032, Pág. 361). "...lo normal, lo que sucede en la vida ordinaria es que quién firme un documento lo haga a sabiendas de su contenido; desconocer éste, es sostener una situación que se aparta de ese modo de proceder que tienen todos los hombres en el tráfico ordinario de su vida; y ello conduce a la formulación de una excepción cuya prueba incumbe a quién la promovió de acuerdo con el clásico aforismo romano" (Cas. Civ. 2 de marzo de 1955, LXXXIX, Pág. 687). El reconocimiento "...le imprime autenticidad al respectivo documento y hace presumir la veracidad de su contenido, porque lo natural y lógico es que quien autoriza con su firma un escrito se informe antes de lo que en él se expresa...". (Cas. Civ. 23 de mayo de 1964, CVII, Pág. 211). En el mismo sentido (LXX, Pág. 381; LXXXV, Pág. 139).

Para que esa especie de confesión, a lo cual equivale consignar por escrito el hecho que jurídicamente afecta al otorgante, pueda aplicársele el principio de la indivisibilidad que consagra la 2ª parte del Art. 609 del C. Judicial, es indispensable que las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, se hayan consignado también por escrito en el mismo documento y hayan sido suscritas por las partes que lo otorgaron, para que

no quepa duda acerca de la verdadera voluntad de las mismas que va a vincularlas recíprocamente en el campo del derecho. Las enmiendas, explicaciones y aclaraciones unilaterales relativas al hecho de que da cuenta el documento, que se efectúen verbalmente o por escrito con posterioridad al otorgamiento de aquél, así sea al hacerse el reconocimiento, a no dudarlos, constituyen verdaderas excepciones que esa misma persona tiene obligación de demostrar. Su voluntad quedó plasmada gráficamente en el documento y siendo éste obra de su parte, salvo que demuestre plenamente lo contrario, forzoso es concluir que la consignó íntegramente y que expresó por escrito todo aquéllo que podía afectarlo o favorecerlo. (Casación Civil, junio 3 de 1971).

318

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

Relación procesal: su constitución y sus efectos

Sostienen los expositores que el proceso civil, entendido como el conjunto de actos concatenados entre sí y a través de los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos mediante la sentencia, contiene una relación jurídica que denominan relación jurídico-procesal, la cual, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista.

Observa Hugo Rocco que el proceso civil, considerado subjetivamente como relación jurídica, sirve para fusionar dos relaciones, que si bien son distintas se hallan sin embargo estrechamente ligadas: la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción); y la que existe entre el demandado y el Estado (relación jurídica de excepción o de contradicción).

Por virtud de la relación procesal, que se constituye con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, surgen para las partes una serie de derechos, de obligaciones y de cargos procesales, cuyo ejercicio o cumplimiento va a influir en el resultado del proceso. Constituida la relación procesal queda establecido

el ámbito en que ha de desenvolverse aquél según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez. Por consiguiente, el demandado adquiere el derecho a impedir que se modifiquen, salvo el caso de corrección oportuna del libelo inicial, las bases sobre las cuales se trabó la litis; la situación jurídica en que éste se ha colocado al ejercitar el derecho de contradicción que le asiste debe permanecer inalterada por supuestos no contemplados al constituirse dicha relación.

Los individuos, al regular sus actividades, cumplen los actos de la vida teniendo en cuenta la normación legal vigente en la época en que actúan; es preciso que cada cual conozca las condiciones que deberá respetar y es necesario también que su estabilidad civil no se vea amenazada ante el arribo de una disposición posterior.

Por ello el principio general que informa nuestra legislación positiva es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, ésto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencial en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico.

Mas, tratándose de las leyes que regulan el estado civil de las personas, las cuales son de orden público, se hace necesario distinguir entre los efectos realizados con anterioridad a la ley nueva, los cuales son en principio intangibles, y los efectos posteriores, que deben regirse por ella. Dice el Art. 20 de la Ley 153 de 1887 que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas... se regirán por la ley nueva, sin perjuicios de que los actos y con-

tratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto”.

La Corte, en extensa exposición contenida en sentencia de 7 de abril de 1953, publicada en las páginas 578 a 618 del N° 2127 de la Gaceta Judicial, sentó la doctrina de que tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936, podían pedir la declaración de paternidad natural con base en las causales que dicho estatuto consagraba.

En ese fallo, bajo el epígrafe Aplicación de la ley nueva sobre el estado civil se lee: “Y no puede alegarse que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados (alude la Corporación a los Arts. 20 y 23 de la Ley 153 de 1887) dicen —lo que es muy distinto—, que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se han producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo relieve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permitido, no crea ese estado civil originado en el hecho o actos jurídicos que lo determinan; simplemente proporciona la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnera derechos adquiridos a que ese estado civil permanezca fuera del derecho”.

Los fundamentos jurídicos que sustentan la jurisprudencia contenida en el fallo precitado, reiterada en posteriores sentencias de la Corte, son valederos hoy para afirmar que los hijos ilegítimos nacidos antes de entrar a regir la Ley 75 de 1968, pueden instaurar la acción de investigación de la paternidad natural invocando presunciones y aduciendo pruebas de las que dicho estatuto consagra para fundar la declaración judicial respectiva. Además, cabe recordar que según el Art. 19 de la Ley 153 de 1887 “las leyes que establecen para la adminis-

tración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir”; y que, como lo ha dicho la doctrina, en tal evento la nueva ley se halla al nacer frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella, y por tanto en ausencia de derechos adquiridos.

Mas de que lo anterior sea cierto no puede seguirse que la Ley 75 de 1968 deba ser aplicada a los juicios de filiación iniciados con anterioridad a su vigencia pero no terminados aún, porque tal proceder comprometería seriamente los intereses de los litigantes; vulneraría la situación jurídica concreta en que éstos se han colocado al constituirse la relación procesal con el ejercicio de los derechos de acción y de contradicción; y, en fin, alteraría las bases sobre las cuales se trabó el litigio, lo cual obviamente es inadmisibles.

Si, como lo dice Pascuale Fiore en su obra “De la irretroactividad e interpretación de las leyes”, Pág. 155, “el ejercicio de la acción no viene a constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya”, cabe aceptar que para decidir la admisibilidad o la inadmisibilidad de la pretensión de filiación natural deducida en la demanda, el fallador debe atender a lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento del ejercicio de la acción. Porque la constitución regular de la relación jurídico-procesal trae por efecto la delimitación del campo de acción del juez y de las partes, sin que sea dable modificar la vinculación jurídica por leyes posteriores a su establecimiento. (Casación Civil, noviembre 2 de 1971).

319

REVISION

A las muy atinadas reflexiones del procurador segundo delegado en lo penal, que se ajustan en un todo a la realidad procesal, y se conforman a la doctrina de la Corte sobre los requisitos que ha de reunir la demanda de revisión en este recurso extraordinario, cuyos motivos específicos han

de probarse inequívocamente, sin que pueda ventilarse en él cuestiones que fueron debatidas contradictoriamente en el proceso, cabe agregar que las solas declaraciones de nudo hecho, ratificadas posteriormente, en la forma deficiente anotada por el procurador, no bastan a demostrar que el procesado recurrente se encontró ausente del lugar en que se produjo el hecho delictuoso, ya que la presencia allí, en el sitio de los acontecimientos, del recurrente fue uno de los hechos discutidos en el proceso y que sometido a la consideración del jurado del pueblo, éste absolvió desfavorablemente a las pretensiones de aquél. Sobre el particular ha dicho la Corte que "cuando se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o a causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia". (Revisión 20 de agosto de 1960 XCIII, 321). Ni éste es el caso alegado por el recurrente, ni lo que pretende demostrar con las declaraciones acompañadas a la demanda —la ausencia del procesado en el lugar de los acontecimientos constituye hecho nuevo, pues fue materia debatida con amplitud en el proceso. (Sala de Casación Penal, septiembre 3 de 1971).

320

REVISION

Peregrina es, de otro lado, la tesis sostenida por el demandante en el sentido de que el auto de proceder, el veredicto y la sentencia son inexistentes porque la parte resolutive del vocatorio no estuvo precedida de la fórmula consagrada en el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal anterior, razón por la cual la Corte debe inhibirse de conocer del presente recurso de revisión y disponer que el proceso vuelva al Juzgado de origen para que decrete la libertad de los condenados.

En presencia de semejante planteamiento bastará observar, en primer término, que no es acertado utilizar el recurso de revisión para formular una solicitud que escape a las causales que la ley ha señalado taxativamente sobre la materia y, en segundo lugar, que como lo ha recordado la Corte en similares ocasiones (siguiendo al tratadista citado), "cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio". (Sala de Casación Penal. Bogotá 27 de noviembre de 1971).

321

REVISION

(Análisis del acervo probatorio)

El argumento, racionio o crítica de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar en primera o segunda instancia, —ha expresado esta Sala en distintas oportunidades— no constituye el hecho nuevo que se pretende acreditar, ni el análisis de los elementos probatorios con criterio diferente, demuestra la existencia de hechos no conocidos al tiempo de los debates. La razón es obvia: Esa crítica puede servir para modificar o reemplazar la sentencia en el juicio, pero resulta improcedente y carece de importancia dentro del recurso extraordinario de revisión.

Se hallan acordes los doctrinantes en considerar que mediante el pronunciamiento jurisdiccional que encarna la sentencia el juez declara el derecho en cada caso concreto, cancelando la controversia. El fallo, así concebido, tiene una eficacia coercitiva, que hace imperativo su cumplimiento, y un efecto preclusivo, en cuanto impide la repetición del juicio sobre el mismo objeto. Tales atributos son consustanciales de la "cosa juzgada", que se asienta sobre la necesidad de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado,

La cosa juzgada es intangible mientras no prospere el recurso extraordinario de revisión, definido con más propiedad como la acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad que aquélla conforma y representa. Por ello ha escrito con razón Manzini que si fuera lícito volver ad libitum sobre la decisión que la sentencia comporta, para intentar que se modifique o revoque, la finalidad fundamental de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría donde son necesarias la inmutabilidad y la certeza. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 27 de noviembre de 1971).

322

REVISION

(Objetivo de este recurso)

El recurso extraordinario de revisión, técnicamente, es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y su objetivo no puede ser el de corregir el error relativo a la calidad o cantidad de la pena impuesta, pues no se trata de una tercera instancia, sino que se apoya en la certidumbre de que el reo debió ser absuelto.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que "en el recurso de revisión sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas" (sentencia de 22 de noviembre de 1947, G. J., t. LXIII, Pág. 843, entre otras). Igualmente ha señalado esta Corporación, refiriéndose a este recurso, que "el hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial" (sentencia de 22 de noviembre de 1947, G. J., t. LXIII, Pág. 843, que se acaba de citar).

Es obvio, entonces, de acuerdo con la norma del Código de Procedimiento Penal transcrita y de las doctrinas de la Corte

de que se ha hecho referencia, que el recurso de revisión solamente procede respecto de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Y en este caso, el recurrente fue absuelto "del delito de contrabando a que alude el proceso, por falta de pruebas".

El decomiso del vehículo ordenado en la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas es cuestión totalmente desvinculada no sólo del recurso de revisión, sino de la misma imputación delictuosa hecha al citado sindicado, dado que éste, como se dejó dicho, fue absuelto en ese fallo. (Sala Penal. Bogotá, D. E., 13 de noviembre de 1971).

323

SALARIO MINIMO

Dado que por el recurrente no se argumentó en contra de la existencia del contrato de trabajo, no hubo equivocación ninguna del Tribunal al tomar el salario mínimo legal a efectos de computar el monto de las distintas prestaciones sociales. (Sala de Casación Laboral, julio 19 de 1971).

324

SALARIOS CAIDOS Y BUENA FE PATRONAL

Cuando los derechos que alega el trabajador son discutibles y, por tanto, el patrono ha podido de buena fe dudar de su existencia, no cabe la sanción a salarios caídos de que trata el artículo 65 del C. S. del T. (Sala de Casación Laboral, febrero 11 de 1971).

325

SEPARACION DE BIENES

Causales positivas y negativas. Su prueba.

Según lo dispone el Art. 2º de la Ley 8ª de 1922, también son causales de separación de bienes las que en número de cinco

autorizan el divorcio de acuerdo con el Art. 154 del C. Civil. Estas, como fácilmente se deduce de su texto, pueden clasificarse en dos grupos, que corresponden a los hechos que las configuran, así: a) Las positivas, señaladas en los numerales 1º, 2º, 3º y 5º; b) Las de orden negativo de que trata el numeral 4º.

En efecto, las primeras están constituidas por hechos concretos, externos y graves, respecto de los cuales rige el principio general de orden probatorio que establece el Art. 593 del C. J. (*onus probandi incumbit actori*). En cambio, las últimas aunque el texto del numeral 4º esté redactado en forma positiva al referirse al absoluto abandono en el cumplimiento de los deberes conyugales y paternos o maternos de la parte demandada, a no dudarlo constituyen una negación que participa de la naturaleza de los llamados hechos indefinidos, disciplinados por una norma probatoria diferente: la del Art. 595 *ibidem*, según la cual "las negaciones no se demuestran, a menos que se apoyen en hechos positivos cuya existencia puede demostrarse".

Así, pues, el no cumplimiento de los deberes que la ley le impone al cónyuge demandado, constituye una negación de carácter indefinido y el demandante que la invoca como causal de separación de bienes está exonerado de la carga probatoria respectiva, puesto que tal negación no se apoya en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse.

Es bien sabido que incumbe probar las obligaciones a quien las alega (Art. 1757 C.C.), lo cual se logra demostrando la fuente que las genera. Si ésta es contractual, será necesario acreditar el acto jurídico respectivo: si es legal, bastará con invocar el precepto del caso, ya que la existencia de la ley no requiere ser demostrada. Acreditada la obligación a cargo del demandado y afirmado su incumplimiento, compete a éste demostrar que satisfizo la prestación a su cargo o que se produjo cualquiera otra forma de extinción de aquélla, pero en tanto no lo logre de manera plena y completa (Art. 593 C.J.), quedará en pie el aserto del acreedor de que esa obligación no fue

cumplida y que por tanto tiene a su favor las acciones que le brinda la ley.

Las obligaciones y derechos entre los cónyuges están establecidos por el Capítulo I del Título IX, del Código Civil; los que existen entre los padres y los hijos, en el Título XII *ibidem*; por tanto, tales obligaciones de esposo y de padre y las de esposa y de madre, cuyo absoluto abandono constituye causal de divorcio, son de orden puramente legal. Por absoluto abandono de los mencionados deberes debe entenderse, pues, la falta de cumplimiento de los mismos. Esto indica que la parte que demanda la separación de bienes no tiene que probar el abandono; basta con afirmar el incumplimiento por tratarse de un hecho indefinido, y sin que tenga tampoco que demostrar la fuente de la obligación incumplida, por ser ésta la ley. De esta suerte, será la parte demandada la que tendrá a su cargo la prueba de los hechos positivos consistentes en que sí cumplió con esos deberes legales que su contraparte afirma que no han sido cumplidos.

Este régimen probatorio depende en cada caso de la posibilidad que tenga la parte actora, a juicio del sentenciador, de demostrar no los hechos que configuran la causal 4ª del citado artículo 154, porque la exoneración del *onus probandi* que consagra el Art. 595 del C. J. obedece precisamente a ese importante factor, *ad impossibilia nemo tenetur*. (Casación Civil, enero 13 de 1971).

326

SEPARACION DE BIENES

Inadmisibilidad del recurso de casación.

Es indudable que durante la vigencia del artículo 519 del C. Judicial estaban privadas del recurso de casación las sentencias proferidas por los Tribunales en los juicios especiales de separación de bienes. El texto de aquella disposición, sobre este aspecto, era de meridiana claridad.

Mas cuando el precitado artículo fue tácitamente derogado por el 50 del Decreto 528 de 1964, las sentencias de segunda ins-

tancia dictadas en aquellos juicios pudieron ser acusadas en casación, pues la nueva norma incluyó, entre las que admitían este recurso, las dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de distrito judicial en juicios especiales, siempre que el interés para recurrir no fuera menor de cien mil pesos (\$ 100.000) y cuyo fallo no fuera revisable por la vía ordinaria, con las excepciones allí señaladas. No están incluidas en éstas los juicios de que trata el título XX del libro 2º del C. Judicial, que regula al especial de separación de bienes. De consiguiente, durante la vigencia de aquella norma sí pudieron ser acusadas en casación dichas sentencias.

Considerando, empero, que el artículo 50 precitado perdió su vigencia frente al 17 de la Ley 16 de 1968, que lo subrogó como adelante se verá, y que limitó la admisión del recurso extraordinario, respecto de sentencias dictadas en juicios especiales, a las que señala en sus numerales 2º y 3º, los que no comprenden el de separación de bienes, es claro que desde el 29 de marzo de 1968, fecha en que fue promulgada la apuntada Ley 16 al ser insertada íntegramente en el Diario Oficial número 32457 de esa fecha, ya no es atacable en casación una sentencia de la naturaleza indicada, proferida cuando regía la nueva norma que excluyó del recurso de casación esos fallos.

La cuestión planteada por el recurrente, sobre si el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, subrogó o no el 50 del Decreto 528 de 1964, es asunto que no ofrece mayor dificultad frente a las reglas de hermenéutica que da el C. Civil y ante los preceptos del capítulo 6º del título preliminar del mismo, que versa sobre derogación de las leyes.

Ningún avance jurisprudencial, como lo pretende el atacante, constituiría el interpretar que la Ley 16 no modificó el artículo 50 precitado. Los jueces a quienes por habérseles confiado la delicada tarea de aplicar la ley, corresponde la de interpretarla, pues no de otro modo puede cumplirse su aplicación, no pueden, ni siquiera a pretexto de consultar su espíritu, desatender su tenor literal cuando el sentido

de la ley sea claro (artículo 27 del C.C.), como sucede en el caso presente.

Cuando el artículo 17 comentado dijo que el 50 referido "quedará así", implícitamente estaba ordenando que, a partir de la vigencia de la ley, el texto de ese último artículo estaba reemplazado por el que integra el 17. Uno y otro establecen cuáles son las sentencias que, en materia civil, pueden ser acusadas en casación. La citada ley fue expedida el 26 de marzo de 1968, el 28 del mismo mes fue sancionada y al día siguiente, 29, fue promulgada al ser insertada íntegramente en el Diario Oficial. De consiguiente, como el artículo 42 de la misma dispuso la vigencia de ella a partir de su promulgación, síguese que las normas contenidas en el artículo 17 sobre recurso de casación en materia civil, empezarian a regir el 29 de marzo de 1968, fecha de promulgación de la ley, y que el artículo 50 del Decreto 528, por contener preceptos contrarios al nuevo, quedó sin vigencia, en cuanto permitía acusar en casación las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de distrito judicial en los juicios especiales de separación de bienes. El futuro empleado por el legislador en el texto del artículo 17, no puede interpretarse como lo insinúa el recurrente, sino en su sentido natural y obvio; indica que la vigencia de esa disposición empezaría con posterioridad a la fecha de expedición de la ley.

La tesis anterior es la que viene sosteniendo la Corte desde la promulgación de la citada Ley 16. (Casación Civil, 27 de enero de 1971).

327

SEPARACION DE BIENES

Prueba de profesar la religión católica

Para saber si ha debido aplicarse la Ley 54 de 1924 a fin de que los litigantes pudieren contraer matrimonio civil, era indispensable la prueba de que ambos o al menos algunos de ellos profesaban la religión

católica al tiempo de dicho acto, prueba ésta que sólo puede consistir en la del bautismo (canon 1099) complementada con la afirmación del hecho indefinidamente negativo (artículo 595 del C. J.), aún implícita, de que la persona bautizada no ha apostatado en la forma estatuida por los artículos 1º y 2º de la ley citada. (Casación Civil, 27 de abril de 1971).

328

SEPARACION DE BIENES

La nulidad o inexistencia del matrimonio no puede debatirse en juicio de separación de bienes.

No sobra agregar que, como lo dijo el Tribunal, la nulidad o inexistencia del matrimonio civil que contrajeron los litigantes no está sub-judice ni puede estarlo en un juicio de separación de bienes como el de que aquí se trata. (Casación Civil, 27 de abril de 1971).

329

SEPARACION DE BIENES

Puede promoverla cualquiera de los cónyuges.

Como lo observa el opositor, la Corte ha sostenido reiteradamente que la Ley 28 de 1932 no modificó el principio de la autonomía e independencia de la acción de separación de bienes que consagra el artículo 197 del C. Civil. La acción de simple separación de bienes que bajo el régimen legal anterior estaba reservada a la mujer (Art. 796 C. J.), no desapareció con la Ley 28 de 1932; por el contrario, no sólo conserva su vigencia sino que se hizo extensiva al marido como lo ha reconocido la Corte en numerosos fallos.

“La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio de la mujer, siendo ésta quien sólo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado a virtud de la Ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia

ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges” (Cas. Civ. 17 de marzo de 1959, Pág. 83, XC).

“La Ley 28 de 1932 no puede entenderse en el sentido de que la libertad de administración y disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación sustancial de las relaciones de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Código Civil tenía la mujer para provocar una acción de separación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación de bienes, se establezca y liquide su derecho a participar en los gananciales” (Cas. Civ. 17 de marzo de 1955 LXXX, Pág. 766).

En sentencia de fecha 28 de noviembre de 1969 (CXXXII, Pág. 186), se lee:

“a) Que organizada originalmente por el Código Civil la simple separación de bienes en beneficio de la mujer, por los motivos señalados en su Art. 200 a que se agrega el del Art. 1.818 *ibidem*, vino luego el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 a establecer también como causales de separación de bienes ‘las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el Art. 154 del C. Civil, y la disipación y el juego habitual de que trata el Art. 534 del mismo Código’, siendo de advertir que el llamado divorcio de la legislación colombiana es el de la mera separación de cuerpos, sin ruptura del vínculo;

“b) Que trasladadas a la separación de bienes por el Art. 2º de la Ley 8ª de 1922 las causales de divorcio del citado Art. 154, éstas en lo tocante con la separación de bienes han de tener el mismo sentido y régimen que si se tratase del divorcio o separación de cuerpos; y

“c) Que, como consecuencia del sistema de administración separada con igualdad de condiciones para cada cónyuge establecido por la Ley 28 de 1932, se hizo extensiva a favor del marido la acción de separación

de bienes por motivos imputables a la mujer, conforme a los mismos textos que consagran en pro de ésta las causales de separación”.

La Corte no encuentra ahora ninguna razón valedera para variar esta doctrina de que la acción de separación de bienes, no desapareció con la vigencia de la Ley 28 de 1932 y de que puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges, antes bien, una nueva y detenida meditación al respecto le imponen reiterarla. (Casación Civil, 27 de abril de 1971).

330

SERVIDORES DEL ESTADO

Sus servidores por regla general tienen el carácter de empleados públicos, salvo los que desempeñan funciones inferiores, accesorias, no esenciales.

Sobre el particular y con apoyo en concepto del tratadista González Charry, que dice que "... no es la calidad del vínculo lo que determina la aplicación de las leyes del trabajo en las relaciones con el Estado, sino que primeramente es necesario determinar la naturaleza del trabajo que se presta para concluir luego la clase de relación existente...", y con asistencia de algunas sentencias de esta Corporación que cita parcialmente, el recurrente sostiene en la demostración del cargo, que la determinación del vínculo solamente puede hacerse con utilización de un criterio objetivo o realista, pero centrado en la actividad que específicamente realice el trabajador, y rechaza, en consecuencia, el criterio finalista según el cual, todos los trabajadores sin excepción, cuyas funciones están adscritas a uno cualquiera de los organismos exceptuados por el citado artículo 4º, sin necesidad de acudir a determinar o clasificar sus funciones, se hallan vinculados al Estado por contrato de trabajo. Por su parte el opositor defiende esta última tesis y lo hace igualmente con apoyo en providencia de esta corporación dictada en el año de 1958, en donde se dice que dos y únicamente dos elementos deben considerarse para el efecto señalado: "... la trascenden-

cia del Estado a la órbita particular, y la locación o ubicación o no, del empleado en esa órbita. Estos elementos sirven de patrón para medir hasta qué punto se trata de una relación de derecho público o de derecho social, sin que sea necesario ocurrir a otras pautas”.

Tal en síntesis, la cuestión que la Sala tiene para resolver, que ha sido materia de cuidadosos estudios por la Corporación, la que ha contemplado, desde luego, las dos tesis sobre las que se apoyan los argumentos del recurrente y del opositor, a los cuales a continuación se referirá.

Es bien sabido que en el régimen jurídico colombiano los servidores de la Administración Pública, contándose entre ellos los que se encuentran vinculados a los establecimientos públicos, son oficiales y, por lo mismo, en principio, sus relaciones laborales se gobiernan o dirigen por el derecho administrativo, y no constituyen por consiguiente contratos de trabajo. Sobre el particular no cabe duda alguna comoquiera que esta regla general se nutre en textos constitucionales y legales y además en doctrinas reiteradas, no sólo por la Corte sino por el Consejo de Estado. Hasta aquí la cuestión no ofrece dificultad alguna. Pero no ocurre lo propio cuando se trata de establecer si con la Administración Pública puede configurarse contrato de trabajo, y, en la afirmativa, “cuando acontece ello, en razón que qué criterio jurídico y aún de qué filosofía política, sobre qué elementos de hecho y con base en qué respaldo de derecho positivo”.

Bien, conocida la regla general anteriormente expuesta, que la consagra el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, conviene conocer ahora los términos de este texto que además crea o establece los casos de excepción. Dice así: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales (regla general, señala la Sala), a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industria-

les, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma" (que son las excepciones, dice la Sala). En un principio se dijo que para juzgar sobre las situaciones exceptivas a que se refiere la norma transcrita, bastaba considerar las trascendencias del Estado a la órbita particular y la locación o no del trabajador en ella. Esto es, que era suficiente con establecer si el establecimiento público respectivo quedaba o no comprendido dentro de las excepciones previstas por el citado artículo 4º, y en el caso afirmativo determinar si el trabajador servía o no en dicho establecimiento. Al darse estos dos elementos se reputaba que la relación o vínculo del trabajador con el establecimiento público se reglaba por el derecho social. Desde este punto de vista ni la sentencia en la cual apoya el opositor su razonamiento, ni éste en cuanto trae la cita, están equivocados. Pero con el transcurso del tiempo y a medida que el Estado desborda sus propios linderos para adentrarse en los que antes fueron de exclusividad particular, lo que ocurre por el afán de lograr el bienestar y el progreso social, en sus propósitos de sobrepasar los límites del subdesarrollo, que ha creado la nueva política de cambio, y al incorporar en su actividad administrativa otras que anteriormente fueron cumplidas por el sector privado y crear agencias semejantes a aquéllas que otrora tuvieron origen en la iniciativa particular, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de acomodarse a las nuevas realidades buscando por tal razón un criterio que se ajuste mejor a las nuevas situaciones creadas por las razones expuestas y que se avenga con mayor holgura a la solución adecuada de la cuestión propuesta en el cargo que se estudia.

Es así como adentrándose en el campo de las excepciones que la norma a que se viene haciendo referencia consagra, se haya dicho que es preciso, para determinar la relación o vínculo que al trabajador lo une con las empresas a que la disposición exceptiva se refiere, atender a la función que

aquél cumple, específicamente, "que si es de imperio o esencial en el servicio, sólo puede cumplirse en condición pública". Refiriéndose esta Corporación a la Beneficencia de Cundinamarca, redondeó en fallo reciente su concepto en éstos términos: "... como establecimiento público que es, sus relaciones de trabajo son, en principio, de derecho administrativo, y sus servidores por regla general tienen el carácter de empleados públicos, salvo los que desempeñan funciones inferiores, accesorias, no esenciales". Así, pues, conforme a esta jurisprudencia reciente, a más de determinarse si el establecimiento se encuentra comprendido dentro de las excepciones que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 establece, la índole de la labor adscrita al servidor oficial constituye un factor de importancia que por lo mismo no puede abandonarse, para distinguir cuándo hay contrato de trabajo, que es la situación excepcional, de acuerdo con lo atrás expresado, y cuándo hay una relación de empleo público. (Sala de Casación Laboral, abril 29 de 1971).

331

SERVIDUMBRES

Debe seguirse en todos los casos por el trámite especial.

La jurisprudencia de los Tribunales y de la propia Corte en un principio fue vacilante en cuanto al trámite que debía seguirse para ventilar las llamadas acciones confesoria y negatoria de servidumbre, se fue unificando alrededor de la tesis sentada en el fallo que se deja transcrito, o sea la de que todas ellas debían seguir el trámite especial. Sobre el particular pueden consultarse, entre otros, los fallos de la Sala de Casación Civil de 3 de octubre de 1958 (LXXIX, 444) y de 31 de enero de 1964 (CVI, 50) y el de la Sala de Negocios Generales de 29 de septiembre de 1958 (LXXXIX, 324).

No existe razón valedera para que la Corte modifique ahora esa doctrina, máxime cuando en el nuevo Código de Procedimiento Civil se acogió esa tesis al señalarse un

procedimiento especial para los asuntos "relacionados con servidumbres, cualquiera que sea su origen o naturaleza y con las indemnizaciones a que dieren lugar" (Art. 414). (Casación Civil, 19 de noviembre de 1971).

332

SIMULACION

Cuándo la ejercita el heredero jure hereditario y cuándo jure proprio.

Los legitimarios, lo ha dicho reiteradamente la Corte, cuando demandan la simulación de contrato en que fue parte su causante, pueden actuar de distinta manera: jure hereditario, cuando ejercitan la acción que tenía el causante y que, por su muerte, se les transmitió, y jure proprio, cuando alegando su condición de asignatarios forzosos ejercitan la acción que la ley les concede para integrar sus legítimas menoscabadas por acto del causante. En este último evento, el derecho a ejercitar esa acción surge de la calidad de legitimario que tenga el heredero, y aunque sólo nazca en el preciso momento en que el causante fallece, no es una acción heredada, sino propia, pues se origina en el derecho que tiene todo legitimario a recibir el monto íntegro de su legítima.

De estas diferentes posturas del heredero demandante, brotan distintos derechos en cuanto a los medios probatorios que la ley le permite utilizar para demostrar la simulación de un acto que por esta causa se impugna.

Si el demandante ataca los actos de su causante porque con ellos se menoscaba su legítima, entonces obra jure proprio; ejercita una acción que no tenía su causante y que por tanto, no le llega por la vía de la transmisión hereditaria. En este caso el legitimario es un verdadero tercero respecto del acto impugnado, por lo cual le es lícito combatirle con pruebas de toda clase, pues no está sometido a las limitaciones probatorias impuestas a quienes fueron partes en él.

En cambio, si el legitimario ejercita la acción de simulación afirmando, como causa petendi, que el acto que se impugna no tenía la intención que aparenta su faz ostensible, sino que estaba encaminado a "tratar de burlar a los acreedores" del aparente vendedor, o a "encubrir y prolongar el concubinato" de los otorgantes, entonces, como esta acción es precisamente la misma que podía ejercitar el causante, y que, por la muerte de éste, se transmitió a sus herederos, síguese que el demandante, en ese caso, no actúa como tercero, sino como sucesor del difunto como su causahabiente, por lo cual está sometido a todas las restricciones probatorias que rigen para los partes. (Casación Civil, 21 de abril de 1971).

333

SIMULACION

Error de derecho.

De todo lo cual infiérese naturalmente que el sentenciador vio la prueba, porque así lo dice o por referirse a ella, mas dejó de concederle el valor probatorio que la ley le otorga o no le dio aquél de que ésta la reviste, entonces no podría haber cometido error fáctico, sino uno de derecho. (Casación Civil, 21 de abril de 1971).

334

SIMULACION

La compra hecha por el procurador para sus representados sin provisión de fondos de éstos, no constituye simulación, ni donación, sino acreencia del primero contra los últimos en virtud de estipulación para otro.

Como acertadamente lo declara el Tribunal sentenciador, la simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se conciertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar inter partes todo efecto comercial (simulación absoluta),

o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración aparente (simulación relativa). Cuando uno solo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (*propositum in mente retento*) no convierte en irreal el contrato celebrado, en forma tal que éste pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atendido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección. Así, el caso sub-lite ofrece ejemplo de lo dicho; los vendedores, mediante la escritura impugnada, manifestaron su real intención de venderles un inmueble a los menores, circunstancia ésta contra la cual no existe prueba en contrario, y si el representante legal de dichos menores aceptó pura y simplemente la compraventa para ellos, este contrato generó la plenitud de sus efectos propios respecto de los vendedores y de los compradores representados en el otorgamiento de la escritura respectiva. Ahora, si el representante de los menores pagó el precio con dinero propio y con la reserva mental de donárselo a dichos menores, tal propósito en manera alguna podía afectar la realidad de la compraventa, ya que la ejecución del mismo suponía un acto distinto, el de la donación entre padre e hijos, en el que ya nada tenían que ver los vendedores.

La confusión de que se viene haciendo mérito consiste en suponer que cuando un representante legal o convencional compra un bien para su representado y paga el precio con dineros propios, la compra ha de entenderse realizada para sí y que el contrato encubre una donación de la cosa comprada o de su precio al representado.

Importa, pues, hacer un análisis de esta situación a la luz de las normas legales pertinentes así: a) A términos del Art. 1505 del C. Civil "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella

o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". De suerte que si el padre de familia, representante legal y nato de sus hijos no emancipados, celebra en nombre de éstos un contrato de compraventa de inmueble, en que los mismos aparecen como compradores, el derecho crediticio correlativo a la obligación de dar que contra el vendedor se radica directamente en cabeza de dichos menores, no del padre, y se satisface, como en el caso de autos, mediante la tradición registral del dominio que así se transfiere directamente a aquéllos. Equivocado es, entonces, decir que el padre compró para sí y que, simultáneamente, les hace a sus hijos una donación del bien comprado, pues en virtud de la representación legal, aquél en ningún momento recibe los efectos del contrato, ni de la tradición de la cosa vendida: ni se hace acreedor del vendedor, ni la tradición que éste realiza lo convierte en propietario del bien negociado.

b) De otro lado, el contrato de compraventa genera a cargo del comprador la obligación de pagar el precio, la que se soluciona mediante otra convención que es distinta de dicho contrato, aunque se incluya en el mismo instrumento contentivo de éste. Conforme al Art. 1630 *ibidem* "puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su consentimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor". Luégo, si cualquier tercero que no tenga interés alguno en la solución de la deuda puede pagar por el deudor, con mayor razón puede y debe hacerlo el padre de familia, evento en el cual, también por virtud de la representación, dicho pago se entiende hecho directamente por el hijo.

A este respecto puede ocurrir que el representante verifique el pago con dineros de su representado, si tiene provisión de fondos para el efecto, o, de no tenerla, que pague con dineros propios. En esta última hipótesis trátase de una expensa que hace el representante por cuenta de su representado y que genera en favor de aquél un derecho crediticio de reembolso (Arts. 499, 1631, 2171, 2184, 2º, y 4º, etc.). Es, pues, manifiestamente equivocado también des-

conocer este efecto legal del pago y suponer, en su lugar, que el representante que paga el precio adquiere para sí la cosa vendida y no para el representado, porque, se repite, una cosa es el contrato de compraventa, título de la transferencia de lo vendido al comprador, y otra distinta es la convención del pago del precio, cuyo efecto principal es el de solucionar la obligación del comprador, con el objeto secundario de que éste contraiga la de reembolsarle al representante los dineros propios que éste haya invertido en el pago.

c) En fin, tampoco se puede confundir las precitadas figuras, compra de un bien por intermedio de su representante y pago del precio por éste con dineros propios con una donación de dicho precio, lo que sólo podría resultar de un tercer acto distinto de aquéllos, cual sería la remisión que le hiciera el representante al representado de la obligación de reembolso de lo así pagado, acto éste que no se presume, sino que debe ser plenamente demostrado (Arts. 1450, 1711 y 1712).

Conclúyese de lo dicho que si los demandantes, hubieran sufrido lesión en sus derechos hereditarios a consecuencia de las actuaciones de su causante como representante de sus hijos tal desmedro solamente podría provenir de que éste les hubiese remitido a los mismos su derecho de reembolso del precio pagado por el mismo sin provisión de fondos, vale decir, con dineros propios, acto éste que sería el impugnabile, no así el contrato de compraventa celebrado ni la convención de pago del precio de tal contrato. En suma: en el presente juicio la parte demandante equivocó la pretensión. (Casación Civil, 29 de abril de 1971).

335

SIMULACION ABSOLUTA

Interés del cónyuge y de sus causahabientes universales para demandarla.

Si bien es cierto que de acuerdo con el régimen patrimonial en el matrimonio, establecido por la Ley 28 de 1932, durante la existencia de la sociedad conyugal cada

cónyuge puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiriera, no es menos cierto que, al disolverse ésta, se considera que la hubo desde la celebración del matrimonio (artículo 1º). De donde se desprende nítidamente el interés jurídico tutelable que, cuando la sociedad se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, tiene no sólo el cónyuge sobreviviente, sino también sus causahabientes a título universal una vez fallecido éste, para pedir que se declare que no han salido del patrimonio social bienes de que haya dispuesto el otro cónyuge en forma aparente y no real. Las enajenaciones absolutamente simuladas no constituyen verdadera disposición de bienes. El cónyuge perjudicado con la supuesta enajenación tiene derecho para que se reintegren al patrimonio de la sociedad elementos del activo que en realidad no han salido de aquél. Lo mismo ocurre desde luego con las enajenaciones nulas de bienes sociales que haya hecho cualquiera de los cónyuges antes de disolverse la sociedad. (Casación Civil, 11 de enero de 1971).

336

SOCIEDAD DE HECHO

Los bienes que los socios aportan dejan de pertenecerles.

Manifiesto es el error jurídico en que incurrió el sentenciador al decir que quien aporta unos bienes a una sociedad de hecho sigue siendo dueño de los mismos, pues por sabido se tiene que la sociedad, cualquiera que sea su especie, "forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados", tal como lo expresa el Art. 2079 del C. C., y, consiguientemente, los bienes que los socios aportan dejan de pertenecerles para pasar a ser del dominio de aquélla. (Casación Civil, 27 de agosto de 1971).

337

SOCIEDAD DE HECHO

Puede surgir de dos maneras.

La nulidad contractual no tiene cabida en las sociedades formadas por los hechos.

Establecida su existencia puede pedirse su liquidación. Al investigar el fenómeno de las sociedades de hecho en orden a determinar el régimen jurídico pertinente, la Corte ha averiguado y así lo tiene dicho en varios de sus fallos que esta especie de sociedades irregulares surge en el tráfico económico de dos maneras diferentes: o bien proceden ellas de un contrato carente de los requisitos que la ley exige para su eficacia, o bien su formación, de ordinario en un lapso más o menos dilatado, resulta de hechos que permiten inferir el ánimo tácito de asociación, el concurso de los asociados dentro de un plano de igualdad en la gestión de uno o más negocios (aporte industrial), generalmente acompañado de aportes de bienes, y el riesgo común en los resultados de tales negocios. Así, pertenecen a la primera de estas clases de sociedades de hecho las mercantiles que no se han constituido por escritura pública y con el lleno de las demás solemnidades prescritas por la ley, v. gr., las que ordenan los artículos 469 y 470 del C. de Comercio; y entran en la segunda categoría, también por ejemplo, las sociedades de hecho entre concubinos, a través de las cuales, según es sabido, la jurisprudencia ha sabido determinar, en parte considerable, el régimen jurídico general a que están sometidas estas sociedades que se dicen "formadas por los hechos".

Las nulidades solamente se predicen en los actos jurídicos, como los contratos, mas no así de los hechos de naturaleza o del hombre que no alcanzan a constituir actos de aquella índole. Por consiguiente, la nulidad que expresamente establece el artículo 472 del C. de Comercio para las sociedades irregulares se reduce al campo de las que pretenden constituirse mediante un contrato de sociedad mercantil, sin la observancia de los requisitos legales propios de éste, o sea que lo que en realidad resulta viciado de nulidad por tal causa es este contrato mismo, con la consecuencia de que el ente jurídico a que se ha querido dar nacimiento mediante él degenera en una sociedad de hecho. Entonces, la referida nulidad contractual no tiene cabida en punto de las sociedades formadas por los he-

chos, porque el conjunto de éstos, generador de tal figura, no constituye un acto jurídico susceptible de ser anulado. Entendida la sociedad de hecho que el Tribunal encontró establecida en los autos en la forma últimamente indicada, era pertinente la aplicación del artículo 2083 del Código Civil que se funda en el principio de que nadie está obligado a permanecer en un estado de indivisión de bienes con otro u otros, a menos de mediar un contrato que le imponga dicha obligación. Reza dicho texto legal: "Si se formare de hecho una sociedad que no puede subsistir legalmente, ni como sociedad ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado. Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto". Consagra sí expresamente la disposición transcrita el derecho que tiene quien es partícipe en una sociedad formada por los hechos para pedir la liquidación de ésta y la entrega de lo que en ella le corresponde. (Casación Civil, febrero 22 de 1971).

338

SOCIEDAD DE HECHO

Sus distintas clases. Cualquiera que sea su clase tiene siempre carácter contractual. La nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro. Prueba de la existencia de la sociedad de hecho. El aporte de bienes raíces o de derechos reales en éstos, debe hacerse por escritura pública.

Aportes: sus distintas clases.

La sociedad resulta de la figura jurídica llamada contrato. La autonomía de la voluntad y su corolario la libertad contractual, sin otras limitaciones que las que les imponen las leyes por motivos de interés social y aún de orden público, son suficientes para crear la compañía. Reina entre los asociados una voluntad de colaboración activa, conscientes de que la unión de esfuerzos y de capital será capaz de lograr lo que aisladamente una persona y su capital individual no conseguiría.

El derecho colombiano reconoce expresamente a la sociedad creación contractual. Dice en efecto el Art. 2079 del C. Civil: "La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

Para que esta especie de contrato adquiera plena validez jurídica y pueda por tanto calificarse como sociedad regular, es menester que al celebrarlo se cumplan los siguientes presupuestos: 1º) Los requisitos de fondo que el Art. 1502 del C. Civil exige para todo contrato, ésto es, la capacidad de los contratantes, su consentimiento exento de vicio, el objeto y la causa lícitos; 2º) Los elementos especiales que le son propios al contrato de sociedad como tal, vale decir, la concurrencia de un número plural de personas, el aporte de cada uno de los socios, la persecución de un beneficio común, el reparto entre ellos de las ganancias o pérdidas, y finalmente la *affectio societatis* o intención de asociarse; y 3º) Las exigencias de forma que la ley positiva establece para cada clase de sociedad, según tenga carácter civil o mercantil y según corresponda al tipo de las de personas o al de las de capital.

Cuando al constituirse una sociedad los contratantes olvidan o desprecian los requisitos de forma legalmente requeridos para la eficacia del pacto, ya sea porque los socios no quisieron o no pensaron llenar las solemnidades de su convenio, o ya porque dichas formalidades que sí quisieron observarse no resultaron a la postre idóneas, nace a la vida del derecho ese ente que la doctrina universal llama *sociedad de hecho*.

De ahí que, como lo ha dicho la Corte, la sociedad de hecho sea de dos clases, a saber: a) Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno, de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales; y

b) Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común. La primera de esta clase es conocida como *sociedad irregular*, o sociedad de hecho por *degeneración*; y la segunda, ésto es la que resulta de los hechos mismos, *sociedad creada de hecho o por los hechos*.

La anterior clasificación es sin embargo incompleta, como lo sostienen los doctrinantes de esta materia, porque deja por fuera aquellas sociedades que también son de hecho, a pesar de que ellas hayan observado todas las formas solemnes exigidas para su prórroga, y que resultan nulas al tenor del Art. 2083 del C. C., por defectos internos, como el consentimiento viciado, o en general por causas distintas a objeto ilícito o causa ilícita.

Pero cualquiera que sea su clase la sociedad de hecho tiene siempre carácter contractual, porque implica necesariamente un acto de voluntad. En ella lo único que falta es el contrato válido, por ausencia de una formalidad *ad-substantiam*, como la escritura, por ejemplo; o el contrato ha degenerado; pero la voluntad de los socios, si bien no se halla en un acto escrito, sí se encuentra en una situación de hecho que ellos han establecido.

Porque al considerar a estas sociedades irregulares como contratos, no se está en contra de lo dispuesto por el Art. 2083 del C. C.; al poner este artículo como condición, para reconocer la existencia de una sociedad de hecho, el que ella no pueda subsistir como un contrato, no ha prohibido que pueda considerársele como tal, pues ese artículo se refiere especialmente a los contratos legalmente subsistentes.

La naturaleza contractual de la sociedad de hecho también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte. Ya desde el año de 1935 dijo en sentencia de 30 de noviembre: "Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase, que los expositores llaman *sociedades creadas de hecho, o por los hechos*, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que

no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito". (G.J., t. XLII, N° 1901, Pág. 479).

El contrato de sociedad que pretermite las solemnidades legales, o el que surge implícitamente de los hechos, es por esto nulo y, por ende, la sociedad que tal pacto genera es una sociedad nula.

Ocurre, sin embargo, que como la sociedad es contrato de ejecución sucesiva y como a pesar de haber nacido con vida viciada entra en relaciones jurídicas, adquiere derechos y contrae obligaciones, obtiene ganancias o pérdidas, la doctrina ha sido constante al sostener que a estas situaciones no puede aplicarse rígidamente el principio de la nulidad para deshacerlo todo: dice que la nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro, una vez declarada la irregularidad.

Acogiendo esta preceptiva el legislador colombiano consagró, mediante los Arts. 2083 del C. Civil y 475 del Código de Comercio, el derecho de cada uno de los socios de una sociedad de facto para pedir su liquidación, a fin de que establecida la irregularidad se paralicen las actividades, se liquide el patrimonio y retire "lo que hubiere aportado", adicionando con la parte proporcional de las ganancias si la sociedad fue próspera, o disminuído en la porción correspondiente a las pérdidas, en caso contrario.

Para la viabilidad de su pretensión, y por tanto para que ésta sea acogida judicialmente, se hace necesario que el socio que ejercite la acción demuestre la existencia de la sociedad, lo que logra acreditando la concurrencia de todos sus elementos axiológicos; ésto es, justificar plenamente que con él hay por lo menos otra persona ostentando el *animus contrahendi societatis*, que hizo un aporte para contribuir a la forma-

ción del patrimonio social, que en la explotación común, se persiguió un beneficio y que los asociados tuvieron el propósito de repartir entre sí las ganancias o las pérdidas.

Y como el principio de la restricción de la prueba para las sociedades regulares se salva cuando se trata de demostrar la existencia de una sociedad de hecho, entonces las partes tienen, por regla general, libertad probatoria.

En relación con la prueba de este tipo de sociedad debe sin embargo hacerse una distinción. Porque tratándose de una sociedad de hecho "por degeneración" la prueba de que la compañía ha existido no presenta mayor dificultad, ya que la sociedad ha actuado por expreso consentimiento de los socios plasmado en un documento público o en uno privado; en cambio, cuando la sociedad es de las creadas de hecho la prueba suele presentar forzosas dificultades, puesto que por ser implícito el consentimiento hay que inducirlo de las operaciones coordinadas que efectúen los socios en común.

Es en esta última hipótesis en donde encuentra más extenso campo de aplicación el principio de la libertad de prueba ya referido, pudiendo las partes acudir a "cualquiera de los medios probatorios", tal cual lo dice el Art. 477 del C. de Co., puesto que si no fuere así estarían en imposibilidad los socios para lograr la liquidación de la compañía que surgió de los hechos.

Mas, cuando el aporte de uno o de todos los socios consiste en el dominio de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, al constituirse la sociedad se hacen indispensables el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro, puesto que sin tales requisitos no hay tradición del derecho, no hay aporte, lo que daría tanto como decir que la sociedad no existe (Arts. 746, 756, 749, 2079, 2081 y 2108 del C.C.). En tales eventos no puede aceptarse que el principio de la libertad probatoria que para las sociedades de hecho establece el Art. 477 del Código de Comercio dispense el requisito de la escritura pública y su

registro, requerido por la ley civil para que se efectúe la tradición del dominio de inmuebles, o de otro derecho real constituido sobre éstos, porque se trata entonces de disposiciones especiales de aplicación preferente.

“Frente a terceros —ha dicho la Corte— no es necesario aportar la prueba del capital de la sociedad, ni los aportes de los socios, ni la valoración de los diversos muebles o inmuebles de que la sociedad se compone. Estas indicaciones son necesarias cuando se trate de liquidar una sociedad y de regular las relaciones de los socios entre sí”. (G.J., Nº 2198, 107).

Para el logro de la finalidad perseguida la sociedad requiere de un patrimonio, el cual, si bien se integra por las aportaciones de los socios, no es sin embargo de éstos sino de ella. El aporte, como el elemento esencial del contrato social, consiste en lo que cada socio entrega para formar el fondo de la sociedad, la que pasa a ser dueña de él, convirtiendo al aportante en titular de su interés social. De ahí que, como lo pregonan el artículo 2081 del C. C., “no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común”, y que, como lo preceptúa el Art. 493 del C. de Co., “el fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios promete entregar a la sociedad”.

Siguiendo la preceptiva legal a que se contraen las anteriores dos normas la doctrina ha dividido los aportes en tres clases, a saber: a) Aporte en dinero; b) Aporte en especie; y c) Aporte en industria. Corresponde al primer grupo el que se hace en dinero efectivo; es de la segunda clase el que consiste en “toda cosa comerciable (distinta del dinero) capaz de prestar alguna utilidad”, como los créditos, las cosas muebles o inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención; y pertenece al tercero el trabajo o servicio que un socio se obliga a efectuar para la sociedad. Aunque, como también lo tienen dicho los doctrinantes en la materia, no hay inconveniente alguno en que se combinen las aportaciones en dinero, en especie y aún en industria. (Casación Civil, julio 30 de 1971).

339

SOCIO EMPLEADO

La condición de socio no excluye necesariamente la de trabajador, pues se puede llegar a tener en forma coetánea las dos calidades. (Sala de Casación Laboral, abril 27 de 1971).

340

SORTEO DE JURADOS

Oportunidad procesal para objetar el sorteo.

La circunstancia de que en la lista de jurados del Juzgado Superior que conoció de este proceso se hubiera omitido colocar el Nº 25 en el renglón correspondiente al ciudadano Calle Fernández Germán Bernardo, cuyo nombre figuraba entre los números 24 y 26, admitiendo como cierta la aseveración del demandante y aunque de ello no se deje constancia en el acta de sorteo (ver fl. 52 del C. 5º), es completamente, inane e irrelevante. Si el defensor quien estuvo presente en dicho acto, estimaba que por la causa ameritada y que ahora alega como motivo de nulidad, era necesario reemplazar al jurado designado señor Calle Fernández, ha debido hacer el reclamo correspondiente “en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes”, tal como lo dispone el Art. 38, regla 1ª del decreto 1358 de 1964.

Por lo demás como no fue posible hallar al jurado sorteado, para la notificación pertinente, se realizó con sujeción a la ley, un sorteo parcial para reemplazarlo, y resultó elegido el señor Picón Valbuena Roberto (fl. 59 del C. 5º), quien actuó como jurado en la audiencia (fl. 97), todo ello sin protesta del abogado defensor, quien recibió en tiempo las notificaciones del caso y es el mismo que ahora invoca la nulidad.

Es, pues, evidente que el cargo carece de todo fundamento. (Sala de Casación Penal, mayo 11 de 1971).

341

SUSPENSION DE LA DECISION CIVIL POR PROCESO PENAL

Oportunidad de presentar la prueba del fallo penal.

Es doctrina de la Corte que cuando se adelanta proceso penal cuya decisión puede tener influencia para desatar uno civil, la suspensión del juicio que puede decretar el juez que conoce del segundo, no se refiere al trámite de la instancia, sino al pronunciamiento de la sentencia respectiva, por lo cual el proceso debe ser adelantado normalmente hasta ponerlo en estado de dictar sentencia. Es en esta etapa ritual cuando el juez civil califica si la decisión que pudiera recaer en el proceso penal tiene o no incidencia en la resolución del juicio civil; si lo primero, está obligado a aplazar el pronunciamiento del fallo hasta cuando definitivamente sea decidido el proceso penal; si lo segundo, no hay lugar a ese aplazamiento.

Sucede en el caso que se estudia que el juez de primera instancia, al establecer que habían pasado más de tres años desde que los demandantes sufrieron el daño hasta cuando se notificó la demanda, concluyó que había prescrito la acción civil para reclamar de la sociedad demandada el pago de perjuicios, por estimar que era indirecta la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus agentes que no tienen la calidad de órganos de la sociedad.

Frente a tal circunstancia, la decisión en el proceso penal, ninguna influencia podía tener en el juicio civil, pues encontrando el juez que la acción estaba prescrita, la sentencia penal, aún en el caso de ser condenatoria, no podía modificar el hecho prescriptivo entre el acaecer del daño y el momento en que fue notificada la demanda de indemnización de perjuicios.

De consiguiente, si es claro que en tal evento la sentencia penal no podía tener virtud para incidir en la resolución del juicio civil, síguese que ninguna norma se vio-

ló al no aplazarse el pronunciamiento del fallo de primera instancia.

El artículo 11 del C. de P. Penal no dispone, como lo pretende el recurrente, que en todos los casos deba suspenderse la decisión del juicio civil hasta cuando se dicte en el proceso penal sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable". La suspensión sólo es procedente, como esa misma disposición lo ordena, cuando el fallo penal "pudiera influir en la solución de la controversia civil". Pues bien, si la sentencia que decretó la prescripción fundóse únicamente en el transcurso del tiempo, es apenas lógico concluir que el mismo pronunciamiento se hubiera hecho, fuera la sentencia del juez penal condenatoria o absolutoria, pues la decisión no se fundamentó en ello, sino en que había corrido ya el lapso de tiempo en que prescribe la acción de indemnización de perjuicios contra quienes son responsables indirectamente del daño causado por otros. Por este aspecto, el juez a-quo tenía plena competencia para proferir la sentencia y al hacerlo no usurpó jurisdicción.

La copia de la sentencia penal o del sobreseimiento definitivo que están ya en firme, no tienen que ser aportadas necesariamente al juicio en alguna de las oportunidades indicadas en el Art. 597 del C. Judicial, como acontece cuando la resolución penal que pudiera incidir en la decisión civil, sólo hubiera sido proferida vencido el término para pedir pruebas, precluida ya para las partes la facultad de aportarlas o de pedir su práctica en el marco de la disposición citada. Como uno de los fundamentos de la prejudicialidad consiste en impedir que se profieran fallos contradictorios, los documentos que demuestren cómo fue decidido el proceso penal, pueden ser aducidos en cualquier tiempo, a solicitud del fallador o por actividad de las partes, pues de otro modo, en muchas ocasiones estaría cerrada la puerta para entrar al proceso la prueba demostrativa de la decisión penal.

Si las copias de las sentencias penales, en ese evento, no pudieran aducirse después de fenecido el término probatorio, podría resultar indefinida la suspensión del

juicio civil y aún podría hacerse imposible su resolución por haber precluido las oportunidades que para aportarlas consagra la ley (Art. 597 del C. J.). (Casación Civil, julio 5 de 1971).

342

SUSTITUCION PATRONAL

(Sala de Casación Laboral, junio 4 de 1971).

343

TECNICA
(Casación)

El recurrente no señala cuál fue el error en relación con el contenido de la norma. Se limita a afirmar que el ad-quem la interpretó erróneamente, sin que diga en qué consistió el criterio equivocado para que así la Corte pueda confrontarlo con la interpretación acertada y corregir el error interpretativo del Tribunal Superior, en caso de que en él hubiese incurrido.

La omisión del recurrente en señalar la forma en que la sentencia recurrida no consulta el verdadero entendimiento del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es suficiente para que el cargo no prospere. (Sala de Casación Laboral, febrero 15 de 1971).

344

TECNICA DE CASACION

Cuando es una sola la causal del recurso, como sucede en el caso presente en que fue invocada solamente la primera, no es necesario separar cada ataque en capítulos distintos, pues esta separación la ordena la ley únicamente para el evento en que "son varias las causales del recurso (último inciso del Art. 63 del Decreto 528 de 1964). Pero de ésto no puede seguirse que cuando, con apoyo en la misma causal, se formulan varias censuras, no esté obligado al censor a exponerlas de tal manera que cada una aparezca con entidad propia para que pueda ser identificada plenamente

te y no se propicie su confusión con otras. Aunque cada censura de las varias que es-tríbanse en la misma causal, no tenga que presentarse en capítulo separado, sí es menester que cada una sea expuesta de tal manera que la Corte pueda identificarla sin esfuerzo.

Cuando la ley impera que la demanda de casación debe indicar "en forma clara y precisa los fundamentos de ella", está disponiendo que las distintas censuras no pueden mezclarse de tal suerte que sea difícil o imposible separarlas para distinguir las de las demás.

En el recurso extraordinario cada uno de los cargos debe ser autónomo, es decir, debe estar completo en su exposición, de tal manera que su cuerpo reúna la totalidad de los requisitos que debe llenar todo ataque en casación. Por ello la Corte, repetidamente, ha desechado el estudio de los que sólo podrían ser despachados buscando en otros cargos partes fundamentales no expresadas en aquéllos. (Casación Civil, marzo 24 de 1971).

345

TECNICA DE CASACION

Sólo por error manifiesto de hecho puede atacarse en casación la apreciación que el Tribunal haya hecho del contenido de las declaraciones, o el juicio que se haya formado acerca de la credibilidad que merezcan los testigos, de la uniformidad o concordancia que entre ellos exista, de la fundamentación de sus aservaciones según las circunstancias que expongan como razón para que les consten los hechos. (Casación Civil, 20 de abril de 1971).

346

TECNICA DE CASACION

Cargo por interpretación errónea.

Cuando la censura, como en el presente caso, denuncia errada interpretación de una

norma sustancial, pesa sobre el recurrente la carga de puntualizar el error en que incurrió el sentenciador, explicando en qué consistió, a su juicio, el alcance descaminado que éste le dio al precepto de que se trate, y cuál el que realmente tiene. Sólo así cumpliría el censor la exigencia del Art. 63 del Decreto 528 de 1964 de indicar "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal aducida para pedir la infirmación del fallo. (Casación Civil, mayo 3 de 1971).

347

TECNICA DE CASACION

Cargos subsidiarios.

En virtud de que cada cargo debe tener propia entidad, síguese que no es técnico dividir los cargos en principales y subsidiarios, pues la Corte tiene el deber de estudiarlos todos, cuando ninguno prospera. Y hallándose que es próspero uno de los puestos como subsidiarios, aún sin entrar al previo estudio de los que se digan principales, está relevada del examen de éstos. (Casación Civil, marzo 24 de 1971).

348

TECNICA DE CASACION

Error de derecho.

Denúnciase error de derecho en la apreciación de la cédula mencionada, pues aquél tiene lugar precisamente cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les da; entraña una discordancia entre el mérito demostrativo que al medio de prueba le asigna o le niega la ley y el que les desconoció o le atribuyó el sentenciador; y como esa discrepancia sólo se puede establecer mediante la confrontación del respectivo precepto legal con la apreciación valorativa del juzgador, resulta imperioso para el censor indicar concretamente el precepto de disci-

plina probatoria que habría infringido aquél, pues de lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación indispensable para determinar la existencia del error y precisar su incidencia en el fallo recurrido. (Casación Civil, mayo 3 de 1971).

349

TECNICA DE CASACION

Error de hecho.

No siempre que el juzgador omite referirse en concreto a una prueba incurre en error de hecho, a virtud de que no se presume la ignorancia de ella cuando las conclusiones del pronunciamiento no pugnan con lo que de las mismas pruebas resulta. Si existe duplicidad de prueba en torno a un mismo hecho, no hay yerro fáctico si el sentenciador da por demostrado el hecho con fundamento en una de las dos pruebas sin mencionar la otra. (Casación Civil, abril 29 de 1971).

350

TECNICA DE CASACION

Infracción directa o infracción indirecta de la ley.

El quebranto directo de la ley sustancial —se ha dicho reiteradamente— ocurre cuando el sentenciador contemplando los medios de prueba tal como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en cuanto a su apreciación y tomando, por lo mismo, el caso sometido a su examen en su exacta realidad, deja de aplicarle el precepto sustancial que le corresponde, o se lo aplica torcidamente por errónea interpretación, o le aplica uno diferente. En la censura por violación directa de la ley sustancial resulta, por tanto, inadmisibles cualquier discusión sobre los elementos probatorios del juicio, pues ha de limitarse a la confrontación de la sentencia con el precepto legal que se considera infringido, a efecto de establecer el error jurídico en que pudo incurrir el sentenciador, bien sea por-

que el fallo acusado contenga una decisión absolutamente contraria a dicho precepto siendo éste aplicable, o porque le atribuye un sentido o un alcance que no tiene, o porque lo haya hecho actuar sin ser el que regulaba el caso litigado. Si para concluir en la violación del ordenamiento legal es menester examinar alguna de las pruebas que obran en el proceso, la acusación por violación directa de la ley resulta improcedente, pues se trataría entonces de una infracción indirecta de la misma a causa de haber incurrido el fallador en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas. (Casación Civil, enero 30 de 1971).

351

TECNICA DE CASACION

La infracción por interpretación errónea no puede ocurrir sino por vía directa.

Cuando denunciase violación de la ley sustancial, el censor tiene el ineludible deber de expresar si ésta proviene de falta de aplicación de la norma, de aplicación indebida o de interpretación errónea de la misma, pues de estas tres maneras puede producirse ese quebranto por la vía directa. Y si la ley sustancial fue vulnerada como consecuencia de haber incurrido el Tribunal en error de derecho o en uno de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, es decir, por la vía indirecta, la censura está obligada a indicar si la infracción de la ley sustancial se produjo por habérsela dejado de emplear o por habérsela aplicado indebidamente, únicas dos formas de infracción que pueden presentarse por vía indirecta, ya que la otra, la de interpretación errónea no puede ocurrir en este evento, por suponer siempre la conformidad del censor con el análisis que del material probatorio se hizo en la sentencia de segunda instancia; esa errónea interpretación de la ley sustancial nunca puede originarse en que una determinada prueba haya dejado de apreciarse o haya sido apreciada erradamente, sino en que a la norma sustancial considerada en sí misma y sin relación alguna con el material probatorio, se le dio por el sentenciador un sentido o un alcance

que no tiene. Por tanto, esta forma de violación de la ley sustancial sólo puede ocurrir por la vía directa.

Ahora bien, como la falta de aplicación se presenta cuando el sentenciador dejó de emplear al caso sub-lite la disposición sustancial que legalmente lo regula, y como la aplicación indebida se da cuando para resolverlo se hizo actuar una norma que no era la pertinente, salta al ojo que no es lo mismo aplicación indebida que falta de aplicación, puesto que son formas que se excluyen. Si una norma no fue aplicada por el Tribunal, al mismo tiempo no puede afirmarse que sí lo fue; pero indebidamente, porque el principio de contradicción enseña que una cosa no puede ser y no ser simultáneamente. La infracción de la ley sustancial que ocurre por la vía indirecta tiene que consistir necesariamente en que aquélla no fue aplicada o lo fue en forma indebida, pero no puede suceder por esas dos formas simultáneamente.

Además, como la Corte sólo puede moverse dentro del marco que le traza la demanda de casación, es claro que élla no puede elegir, cuando se acusa indeterminadamente una violación de la ley sustancial, por cuál de las formas de quebranto se produjo ésta. (Casación Civil, febrero 19 de 1971).

352

TECNICA DE CASACION

La violación del Art. 26 de la constitución, sólo puede ser indirecta.

No es posible que prospere la censura motivada en violación directa, por interpretación errónea del Art. 26 de la Constitución Nacional, como lo ha venido sosteniendo, repetidamente, la doctrina de esta Corporación, que sobre el particular ha dicho lo siguiente:

“El artículo 26 de la Constitución, incluido en el Título Preliminar del Código Civil, de acuerdo con el Art. 52 de la Carta y 4º de la Ley 57 de 1887, contiene tres principios normativos que constituyen al

mismo tiempo garantías para los asociados, a saber: a) que todo juzgamiento debe hacerse por juez competente; b) que en aquél deben cumplirse la plenitud de las normas propias de cada juicio; y c) que a nadie puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le imputa.

“Dicho precepto, por naturaleza ha requerido un desarrollo legal, de manera que es la ley la que determina generalmente la competencia de cada juez o tribunal, la que señala el trámite de los diversos juicios, o sea de los distintos procedimientos que por razón de la naturaleza de los asuntos civiles deben seguirse en cada caso (C. J., Art. 194), y la que regula lo relativo a la norma sustancial concreta aplicable en los procesos.

“Por tal razón es la propia ley la que determina los varios tipos de procesos y dentro de cada uno de éstos los trámites correspondientes, los recursos, los incidentes, etc., así como las sanciones cuando se infringen los preceptos respectivos.

“Por este motivo, la Corte considera que la violación del Art. 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurra en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insanable hasta la simple irregularidad que se sana con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito.

“Pero por lo expuesto, la violación de la norma comentada sólo puede ser indirecta, ya que para llegar a ella es necesario primero transgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse, o sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación

de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto de la violación fin, que es siempre de la norma sustancial”. (XCI, 831). (Casación Civil, diciembre 19 de 1971).

353

TECNICA DE CASACION

Violación directa o indirecta. Error de hecho y de derecho.

Viólase la ley sustancial por infracción directa cuando se le deja de aplicar al caso litigioso, debiendo haberlo sido; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se le emplea sin ser pertinente al asunto que se controvierte; y por interpretación errónea cuando, siendo la adecuada, se la entendió equivocadamente y así se le aplicó. Dada la distinta naturaleza de estos tres aspectos de violación de la ley, resulta inadmisibles, por contradictorio, el cargo en que se le impute al sentenciador quebranto de una norma por dos de tales aspectos, simultáneamente, pues mal puede haberse aplicado y dejado de aplicar al propio tiempo un mismo precepto, o interpretado equivocadamente una norma que no fue aplicada, o aplicada indebidamente una disposición que aunque no fue rectamente entendida sí regula el caso litigado.

El quebranto de la ley sustancial se produce en forma directa, cuando no obedece a yerros cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio; o en forma indirecta, cuando la violación se produjo a causa de errores de hecho o de derecho del Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas. Siendo de advertir que la infracción de la ley en su especie de la interpretación errónea no puede producirse por la vía indirecta, ya que ésta no se debe a desaciertos del juzgador en el campo de las pruebas, sino en el del entendimiento mismo de la ley.

El error de hecho en la apreciación de una prueba ocurre cuando el sentenciador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que

comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea porque se le agregó algo que le es extraño o porque se le cercenó su real contenido. Requiere, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquél por causa del error sea contraevidente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el error cometido incida en la decisión, pues de lo contrario resultaría intrascendente. El error de derecho, en cambio, tiene lugar cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les da; entraña una discordancia entre el mérito demostrativo que al medio de prueba le asigna o le niega la ley y el que le desconoció o le atribuyó el sentenciador; y como esa discrepancia sólo se puede establecer mediante la confrontación del respectivo precepto legal con la apreciación valorativa del juzgador, resulta imperioso para el censor indicar concretamente el precepto de disciplina probatoria que habría infringido aquél, pues de lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación indispensable para determinar la existencia del error y precisar su incidencia en el fallo recurrido.

No es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segunda instancia por error de hecho y de derecho en la estimación de idéntico medio probatorio y respecto de un mismo punto, puesto que dada la naturaleza de tales errores se excluyen entre sí: si hubo error en la valoración de la prueba no es posible el error de hecho consistente en que el sentenciador la hubiera preterido; y si hubo error de hecho porque supuso la prueba o no vio la existente, no pudo incurrir en error de valoración. Tampoco es admisible la censura que se formule a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente de la del sentenciador en instancia, ya que en el campo de las pruebas sólo procede la acusación que se refiere a la apreciación errónea o falta de apreciación "de determinada prueba". (Casación Civil, junio 30 de 1971).

354

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Ahora bien: De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, modificado por el artículo 2º de la Ley 64 de 1945, las partes, cuando se trata de contratos a término indefinido, pueden reservarse "el derecho a terminar unilateralmente el contrato de trabajo mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario, de acuerdo con la costumbre y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar.

Puede prescindirse del aviso, pagando igual período. Esta norma fue reglamentada por el artículo 50 del Decreto 2127 de 1945, que dispuso: "Esta reserva sólo será válida cuando conste por escrito, ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay, o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las autoridades del ramo y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes en idéntica forma. Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período". (Sala de Casación Laboral, agosto 9 de 1971).

355

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA DE LA EMPRESA

Cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. (Sala de Casación Laboral, junio 8 de 1971).

356

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA

Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es nece-

sario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal.

Si se omiten, la terminación del contrato se produce, pero no puede considerarse como una terminación legal o justa, porque dichas formalidades se han establecido en favor de las partes contratantes, quienes únicamente pierden el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo laboral cuando la ley así lo determina y en la forma por ella señalada. (Sala de Casación Laboral, febrero 26 de 1971).

357

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA

Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal.

En caso idéntico al anterior, pues se relacionaba con el despido de otro trabajador de la misma empresa por su cierre definitivo, analizó esta Sala los aspectos planteados, tanto por el recurrente, como por el opositor en lo transcrito arriba y, por eso, reproduce la doctrina sentada en aquél caso y que consta en la sentencia de 26 de febrero del año en curso (Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada). (Sala de Casación Laboral, mayo 14 de 1971).

358

TESTIGO UNICO

El valor de su dicho en cuanto señala la persona del ofensor, se somete a la crítica que consagra el artículo 224 del C. de P.P.

Como observa el Agente del Ministerio Público, únicamente existen en el informativo las declaraciones de la denunciante, según las cuales el funcionario acusado cobró varios cheques girados en favor de ella para el pago de su sueldo mensual, entregándole apenas una parte, hecho que,

de ser cierto, configuraría la concusión descrita en el artículo 156 del Código Penal, pues el Fiscal habría abusado de su cargo para obtener la entrega del dinero, construyendo a la empleada auxiliar con medios indebidos, como el de prescindir de sus servicios si no consentía en la periódica usurpación. Algunos otros testimonios se refieren a las versiones de la denunciante, pues a nadie más consta de manera directa que el imputado hubiera hecho los recortes de que da cuenta.

El cobro de cuatro cheques acredita sólo la operación consiguiente, mas no el constreñimiento ni la maniobra inductiva de que hubiera sido víctima la empleada para consentir el recibo parcial de sus sueldos, sabiendo que la ley le retribuía con sumas más altas. Tampoco acredita que no se le hubiera entregado completamente el dinero, bien porque el cobrador dejara para sí una cuota, o porque después exigiera su participación. Nadie más que la propia interesada informa sobre la forzosa disyuntiva en que se vio de aceptar el puesto con el compromiso de no recibir todo el sueldo devengado o resignarse a que otro lo ocupara, y sobre el cumplimiento del pacto, de mes en mes o de quincena en quincena. De donde surge el necesario examen de esta prueba única para establecer su grado de credibilidad y el valor probatorio que debe asignársele.

El estatuto procesal vigente, al introducir en cuestiones probatorias el sistema de la libre apreciación, o racional, o de sana crítica, o mixto, o legal-moral, que con todos estos nombres se menciona y estudia, sistema medianero entre el subjetivismo propio de la libre convicción o convicción íntima y la rígida materialidad que preside el de la tarifa trazada en la norma, situó al denunciante o querellante en el rango del testigo. Y lo hizo no sólo al acordar el criterio general de valoración probatoria, sino en varios textos expresos, marcando el fin de una tendencia floreciente bajo el procedimiento acusatorio, según la cual quien daba cuenta de un delito que lo había afectado, hacía suya la causa y quedaba por eso demeritado como factor de certeza.

Al decir en el artículo 275 que el denunciante o querellante tienen capacidad para ampliar sus denuncias y suministrar informes complementarios, y luego en el 368 que "el examen de los testigos se comenzará por aquéllos a quienes se presume sabedores del hecho, entre los que deben constarse el ofendido, las personas de su familia y aquéllas que dieron denuncia de la infracción", reconoció que el ofendido y el denunciante, o el ofendido denunciante, tienen calidad de testigos, siendo, por lo tanto, órganos de prueba y sus manifestaciones medios de prueba, sujetos a las apreciaciones críticas sobre la credibilidad y significación de sus aportes, acorde con el artículo 224 de la misma obra. Además, previsiones como las del juramento (artículo 14) y las de los artículos 187 y 191 del Código Penal, refrendan el principio de que los perjudicados por la infracción y los testigos pueden quedar sometidos a igual represión cuando defraudan la transferencia judicial de cuanto dicen constarles.

De este modo, si el ofendido con el delito cuando declara en el proceso, es testigo; si la ley obliga a consultar las normas de la crítica del testimonio a fin de apreciar razonadamente el grado de credibilidad de sus declaraciones, y si entre las reglas de esa crítica debe incluirse el análisis de la situación personal y social del deponente, el de las condiciones del objeto a que se refiere esta clase de prueba, así como el de las particularidades de percepción y las existentes al practicarla, es claro que no puede definirse previamente, con validez uniforme, cuáles condiciones o circunstancias contienen fuerza incontrastable y cuáles sospecha de parcialidad. Si la ley remite en cada caso a la lógica y a la experiencia como guías de la credibilidad y el valor del testimonio en materias criminales, no se puede, sin contrariar sus textos y la doctrina en que se inspira, reconocer apriorísticamente que unas afirmaciones del ofendido-testigo se producen con solidez fraguada en la naturaleza de los actos y los sentimientos humanos, y que otras queden expuestas a la incertidumbre metódica.

Consideraciones como las anteriores obligan a aclarar y adicionar las jurisprudencias

de esta Corporación en decisiones de 8 de junio de 1942 y 30 de agosto de 1944, comúnmente acogidas, que dicen:

"En pruebas judiciales se sabe que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particulares o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero, como es natural y obvio, ese mismo interés por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándola o exagerando el cómo y el porqué de la agresión u ofensa. En el caso a que se refiere el proceso no cabe duda de que Rosalino López fue veraz cuando acusó a Siméon Flor Olave de haberlo herido, y en eso es digno de entero crédito porque en su interés estaba que la justicia exigiera la condigna responsabilidad a quien realmente lo había atacado; pero en tesis legal no vale la relación de las modalidades del encuentro, hecha por López, el único que la hace, ya que su propia conveniencia pudo inclinarlo a ocultar circunstancias que quizá lo perjudicaran o que disminuyeran la gravedad del acto criminoso de Olave". (G.J. Tomo LIII, Pág. 408).

"Por lo regular, la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión, pues si el interés personal lo lleva, o puede llevarlo, a tergiversar la verdad de lo segundo, ese mismo interés lo aparta de mentir en lo primero, para que la represión penal y el resarcimiento de los perjuicios no se malogren con una sindicación equivocada o falsa recaída en sujeto distinto del verdadero culpable". (G.J. Tomo LVII, Pág. 647).

La primera parte otorga fe al ofendido en cuanto señala a quien atacó su derecho, y la segunda se la niega cuando expone las formas de la agresión, incluyendo en la negativa los motivos, la ejecución y las consecuencias inmediatas. Tales asentimiento y exclusión aparecen fundados en la "Fuerza de lo humano", como si esta fuerza no interviniera tanto los hechos lla-

mados centrales como en las contingencias operativas que los produjeron o los rebasaron. El acto del hombre no puede escindirse hasta el punto de que ciertas expresiones se refrendan sin esfuerzo en el juzgamiento y otras se abandonen a la duda sólo porque las arbitrariedades conceptuales las clasificaron como subalternas o complementarias. La malicia del declarante, o su ignorancia, perversidad, ingenuidad y sinceridad, pueden traducirse indicando al infractor o revelando los contornos de la lesión jurídica. El error o la mentira afectan a lo principal y a lo accesorio. Fuera de que es difícil precisar dónde concluye lo uno y dónde comienza lo otro, pues la conducta es un proceso complejo en el que alternan la esencia y el accidente, el azar y la causalidad. La acción sólo debe ser valorable en su conjunto de motivos y derivaciones, de ideación y expresión, de impulsos originales y desarrollos prácticos.

Muchas veces un detalle conduce a descubrir tendencias malsanas en el denunciante, comprometiendo la integridad del testimonio. Otras veces lo que puede parecer un accidente, destruye las precisiones iniciales. No toda determinación, por precisa que sea, es digna de fe por sí misma. La credibilidad viene después del análisis y las comparaciones, como lo impone el régimen procesal. La psicología judicial inclusive ha rectificado posiciones estabilizadas, como la que reconocía en la declaración del moribundo la voz de la verdad. Sus denuncias, incluyendo las acusadoras de quien ocasionó su estado, pueden tener tanto de cierto como de falso, de sincero como de tendencioso, de justo como de vindicativo, y deben pasar por la crítica a que se somete todo aserto de testigo.

Si se considera un privilegio valorativo al señalamiento del ofensor por el ofendido, habría que extenderse para creerle a quien lo oculta o niega su conducta criminosa, determinado por vínculos de sangre o afecto, lo cual sería absurdo pues implicaría la cesación del magisterio penal para ese caso. La justicia está obligada a seguir en busca del que lesionó el derecho, aunque el ofendido se niegue a suministrar infor-

mación sobre el autor y sobre las modalidades del acto.

Al denunciante de la ofensa que se le ha inferido tampoco puede excluirse de toda credibilidad por el hecho de ser testigo único, aun en el caso de haberse constituido en parte civil dentro del proceso. Las reglas de la crítica le son aplicables y su versión merecerá alto grado de certeza si, a pesar de ser prueba única, ella permite reconstruir fielmente los hechos, sin interferencia ni desviaciones que la amengüen. Negarle fuerza fundándose en la insularidad probatoria y en un presunto interés represivo que tiende hacia la venganza, es caer en otro absolutismo extraño a la ductilidad y perspicacia de las ciencias del crimen, que a diario acumulan saldos de cultura con la dialéctica del acontecer externo y sus repercusiones en la conciencia humana.

En suma, el ofendido por una infracción cualquiera, haya denunciado o no el hecho de manera personal y háyase constituido o no en parte civil, cuando depone es un testigo que debe ser apreciado conforme a los principios que menciona el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Sea testigo único, o aparezca acompañado de otros o de distintas formas de prueba, es indispensable activar en torno de sus asertos todos los exámenes que conduzcan a la reconstrucción de los hechos o a la verdad real. Lo que merece serias objeciones es que ese testigo sea favorecido con una aceptación calificada cuando se limita a señalar a su ofensor y se demerite necesariamente cuando se refiere a circunstancias o accidentes de la acción criminosa. (Sala Penal, febrero 1º de 1971).

359

TESTIGOS

Sospechosos de parcialidad.

Atendiendo a la clasificación doctrinal de los impedimentos en absolutos o relativos, el ordenamiento faculta al juzgador para prescindir, oficiosamente, de los testimonios que se encuentran en la primera categoría, como también de los comprendidos

en el ordinal 1º del artículo 669 del C. Judicial, pues no otra conclusión se puede derivar de la ley cuando ésta ordena que el testigo en quien concurra impedimento físico, mental o moral, o por parcialidad proveniente de alguno de los parentescos indicados en el numeral 1º del artículo 669, no pueden ser presentados en juicio por ninguna de las partes". (Artículo 672 C.J.).

En este orden de ideas, y por argumento a contrario sensu, queda a iniciativa de la parte y no a los poderes oficiosos del juez el reconocimiento de las tachas provenientes de parcialidad o constitutivas de inhabilidad o impedimentos relativos, con la salvedad que contiene el ordinal 1º del artículo 669, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, dichas tachas están establecidas en interés exclusivo de la parte a que puede perjudicar la prueba testimonial. Asimismo, tampoco se encuentra facultado el juzgador para rechazar, de manera oficiosa, los testimonios de parientes de las partes, diferentes a los enumerados en el artículo 669, por la sola circunstancia del parentesco. (Artículo 670 del C.J.).

En reciente fallo la Corte dijo: "Las tachas por parcialidad, con la salvedad advertida antes respecto de la del testigo que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes (numeral 1º del artículo 669), están establecidas en interés único y exclusivo de la parte en cuyo perjuicio colige la ley que se sentirá inclinado a declarar el testigo afectado por ella. En armonía con ello, se deja a la discrecionalidad o iniciativa de dicha parte el hacer que tales tachas se hagan jurídicamente relevantes mediante el ejercicio del correspondiente derecho potestativo que para el efecto se le concede. Por consiguiente, si este derecho no se ejercita, si por esa abstención las tachas alegables no llegan a adquirir relevancia, forzoso es entender entonces que los testimonios a que ellas se refieren quedan intactos, tal y como si aquéllas no existieran, y que en esa condición deben ser apreciadas por el juzgador. Entendimiento este que surge no sólo por razones de lógica, sino porque por los caminos de la analogía se llega a él, visto que

el inciso 2º del artículo 672 preceptúa que 'los testigos inhábiles por parcialidad, pueden ser presentados por la parte contraria de aquélla en cuyo favor supone la ley que tiene interés en declarar: y sus dichos son habilitados por este motivo...' (ha subrayado la Sala).

"Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, el fallador que desecha testimonios por causa única de parcialidad, cuando la respectiva tacha no haya sido alegada por la parte legitimada para hacerlo. Si bien es cierto que aún dentro del sistema de la tarifa legal entre nosotros predominante, en la medida de la fuerza de convicción de la prueba testimonial tienen los jueces discreta autonomía, como por ejemplo en lo relativo a la ponderación de la razón del dicho del testigo, a la responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de sus declaraciones, y a la concordancia entre varios de ellos sobre unos mismos hechos (G.J. T. CVII, primera parte, P. 185), por virtud de las normas legales atrás comentadas les queda vedado hallar en esa autonomía patente para prescindir de oficio, por la sola causal de supuesta parcialidad prevista en la ley, testimonios que si bien eran susceptibles de ser impugnados mediante la alegación de ésta por la parte interesada, no lo fueron, y que por lo mismo quedaron purificados de la deficiencia interna que esa causal en principio comporta. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la salvedad que consagra en su última parte el numeral primero del artículo 669 del C. Judicial, respecto de las causas de edad o parentesco". (G.J. T. CXXXII, Págs. 59 y 60, Sent. de 14 de octubre de 1969). (Casación Civil, 8 de mayo de 1971).

360

TESTIMONIO

(Valor probatorio).

No es aceptable la afirmación del demandante de que con un sólo testigo no pueda establecerse un hecho circunstancia

o modalidad dentro del proceso penal, como sería en el caso presente, la condición belicosa y penderciera del acusado.

No hace falta recordar que la tesis "testis unus", "testis nullus" otrora vigente en materia de testigos, ha sido sustituida por la crítica del testimonio que permite apreciar el valor probatorio, a veces pleno, de la declaración de un solo testigo.

En el caso de autos, el Tribunal estimó suficientemente demostrada esa modalidad en la persona del delincuente y al tomar en cuenta su carácter agresivo no violó la ley sustancial ya que el artículo 36 del Código Penal le impone la obligación de considerar para la dosificación de la pena, al lado de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañan, la personalidad del agente y mal hubiera hecho en pasar por alto tan importante rasgo de la del procesado.

De otra parte, en la sentencia recurrida se habla del equilibrio entre las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad que incidieron en la comisión del hecho delictuoso, "sub-judice" y se mencionan, entre las primeras, la embriaguez no preordenada al delito y los motivos fútiles en la realización del mismo, modalidades perfectamente establecidas en los autos y cuya presencia impedía al sentenciador imponer el mínimo de la pena señalada para la infracción. O sea que no resulta cierto que prescindiera de las de peligrosidad menor e inventara las que demuestran una mayor peligrosidad en el procesado. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 13 de noviembre de 1971).

361

TESTIMONIO

Testimonio de los parientes próximos del inculpado. (Las garantías del artículo 239 son renunciables).

De conformidad con los artículos 25 de la C.N. y 239 del C. de P.P., nadie puede ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes den-

tro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil.

Agrega en su inciso 2º el artículo 239 citado que aquel derecho se hará conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio. Esta prescripción no existía en el estatuto procesal anterior y se consignó expresamente, no obstante la ficción de que la ley se supone conocida por todos, para una mayor garantía de la facultad de guardar silencio que se reconoce al inculpado y a sus parientes próximos, cuando se trate de asuntos penales o policivos.

El derecho al silencio consagrado en el artículo 25 de la Constitución es renunciable. Esta la razón para que la Corte, en fallo de 6 de diciembre de 1951, declarara inexecutable el artículo 227 del anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), que prohibía recibir declaración contra el consorte, los ascendientes, descendientes o hermanos.

La ley no conmina con sanción de nulidad, tratándose de testimonios de familiares, la omisión de la prevención a que se contrae el segundo miembro del artículo 239 del C. de P.P., seguramente porque las disposiciones legales se presumen conocidas, de modo que no es válida la alegación de su ignorancia (artículo 9º del C.C.). Dicha pretermisión constituye una irregularidad que no compromete la validez del acto.

Ciertamente en el caso de autos el funcionario de la instrucción no previno a la cónyuge del procesado Boada Uribe, ni a sus cuñadas ni a su primo tercero —admitiendo que existen esos vínculos de parentesco— aunque no estén debidamente demostrados con arreglo a la ley civil que no estaban obligados a declarar contra aquél, al momento de recibirles las declaraciones. Mas esa omisión, como se dejó expresado, no está prevista en la ley como motivo de nulidad de los testimonios. Y no se puede alegar que se violó el artículo 25 de la Carta, como lo hace el apoderado del recurrente, pues no hay constancia alguna que permita afirmar que se obligó de algún modo a los deponentes a declarar contra su vo-

luntad, máxime si se tiene en cuenta que una de las cuñadas del sindicato, la señora Inés Vejar de Velandia, fue la que espontáneamente denunció los hechos que son materia del proceso, lo que hizo ante la Alcaldía especial militar de Arboledas (Fl. 1).

Aceptando, por vía de hipótesis, que fueran nulas las declaraciones que cita el demandante, en razón de la causal por él apuntada, la consecuencia jurídica sería la de considerar aquellos actos como no realizados, a voces del artículo 214 del C. de P. P., dejando a salvo la legitimidad de toda la restante actuación procesal. Conviene repetir aquí lo que dijo la Corte, respecto de la inexistencia de determinados actos del proceso por vicios de formación, en el fallo antes ameritado:

“Aparte de esos motivos de nulidad del proceso o de una fase de él (los que hoy se señalan en los artículos 210 y 211 del C. de P.P.), el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidad o requisitos condicionantes, de modo que la nulidad no se comunica a los demás actos, que son independientes de aquél. Tal acontece, verbigracia, con la inspección ocular no decretada como lo ordena el artículo 211, con la declaración del testigo no recibida conforme al artículo 235, con el dictamen de los peritos rendido sin el lleno de las formalidades indicadas en el artículo 261. En estos casos, el acto viciado se estima, para los efectos del juzgamiento y sin necesidad de resolución especial, como no realizado (artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, que substituyó el artículo 202 del C. de P.P.).

“La ineficacia de aquella clase de actos (inspección ocular, testimonio, peritación, etc.), por falta de formalidades extrínsecas señaladas por la ley con sanción de nulidad, y que opera de jure, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos ni tener con ellos nexo de dependencia. Si al calificar un sumario o al tiempo de fallar un proceso el juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo, de una inspección ocular, de un dictámen pe-

ricial, aísla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, no lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima”. (Casación Penal, Bogotá, D. E., 3 de noviembre de 1971).

362

TRABAJO NOCTURNO - SOBRE REMUNERACION

“Ahora bien, presupuestos del derecho al recargo por trabajo nocturno, equivalente al 35% sobre el valor del trabajo diurno, conforme a los artículos 168, inciso primero y 169, aparte primero, que el cargo cita como violados, son los siguientes: a) que la función desempeñada por el trabajador lo haya sido en jornada nocturna; b) que en el respectivo establecimiento exista la misma función, en forma diurna, y c) el salario correspondiente al trabajo diurno”. (Sala de Casación Laboral, noviembre 12 de 1971).

363

TRANSACCION

Si según el artículo 2469 del C. C. la transacción es un contrato: “en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”, ella aparece dentro del panorama legal como referida a derechos litigiosos, o al menos controvertidos, y como prohibición a las partes para intentar o proseguir un proceso judicial.

Requiere entonces como presupuestos para su formación los siguientes: a) La existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) Su voluntad e intención manifestada de ponerle fin sin la intervención de la justicia del Estado; y c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen. De aquí que para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee fórmula *res litigiosa et dubia*.

Acerca de los efectos del contrato aludido dijo la Corte en sentencia de casación de 14 de diciembre de 1954: “En el contrato de transacción celebrado de acuerdo con las

prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer. Y se ha hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien" (G. J., T. LXXIL, N° 2149. Pág. 267). (Casación Civil, febrero 22 de 1971).

364

TRANSACCION Y CONCILIACION

Artículos 2469 del C.C. y 20 y 78 del C. P. del T.

El artículo 2469 del Código Civil dice:

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Según los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, la conciliación es un acuerdo amigable celebrado entre las partes, con intervención de funcionario competente quien la dirige, impulsa, controla y aprueba, que pone fin de manera total o parcial a una diferencia y tiene fuerza de cosa juzgada.

El documento del folio 18 del cuaderno principal no da cuenta de un simple contrato celebrado entre las partes, sino que establece el acuerdo amigable a que llegaron las mismas sobre una pensión de jubilación, sobre su valor, y sobre todas las consecuencias que de ella pudieran derivarse, acordando que se logró delante de funcionario com-

petente, quien se enteró de la diferencia entre las partes, de los derechos que a ellas correspondían, que vigiló la operación y la aprobó declarando que ella producía los efectos de cosa juzgada.

Aunque en el documento citado se habla varias veces de transacción, lo que claramente ocurrió fue una conciliación ante Inspector de Trabajo en audiencia de que da cuenta el mismo documento mencionado. Esto hace ver que el sentenciador de segundo grado incurrió en evidente error de hecho en la estimación del documento auténtico ya citado. Ese error de hecho hizo que el sentenciador desatendiera el efecto de cosa juzgada consagrado en el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, y aplicara indebidamente el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, para condenar al pago de la jubilación conciliada. (Sala de Casación Laboral, mayo 31 de 1971).

365

TRANSITO DE PROCEDIMIENTOS

El artículo 154 del CPL, sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el principio contenido en el 40 de la Ley 153 de 1887, ordena que "los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso" (subrayó la Sala).

En el sub-lite, según aparece al folio 16 del cuaderno tres el recurso extraordinario de casación, fue interpuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia de segunda instancia, el 11 de julio de 1969, según constancia secretarial.

Esta circunstancia indica de por sí en el caso de autos que la ley aplicable y por la cual se rigen el trámite y la sustanciación del presente recurso es la 16 de 1968, que solamente admite el error de hecho en la casación laboral, por la no apreciación de "documento auténtico", según su artículo 23, que desde luego, agrega la Sala, debe tener la calidad de prueba, por haberse decretado como tal, ya a petición de parte o de oficio.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones que se concretan así: a) la falta de estimación de la confesión judicial, alegada por el recurrente, no es causa de error evidente de hecho, pues esta prueba no está incluida para tales efectos en el artículo 23 de la Ley 16 de 1968 y sólo aparece establecida posteriormente en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no aplicable al presente asunto; b) Las documentales que obran a los folios 86 a 93 del cuaderno número 1, no tienen el carácter de medios probatorios, ya que se agregaron al expediente, fuera de audiencia por el apoderado del actor con el exclusivo fin de que constaren en "el informativo del referido juicio" (folio 85). No fueron decretadas como pruebas ni de oficio, ni a solicitud de parte y por tanto, se repite, no puede fundarse sobre ellas y por su desestimación el error pretendido. (Sala de Casación Laboral, julio 13 de 1971).

366

TRANSITO DE UNA LEGISLACION A OTRA

Teniendo en cuenta la fecha del acto procesal, 12 de diciembre de 1969, debe la Corte dar aplicación al artículo 154 CPL, sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la materia.

El recurso de casación contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, fue interpuesto por el apoderado del actor, el día 12 de noviembre de 1969 (Fl. 25).

Teniendo en cuenta la fecha del acto procesal antes indicado, debe la Corte dar aplicación al artículo 154 CPL, sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la materia.

Indica la primera disposición que "los términos no vencidos y los recursos interpuestos (subraya la Sala), se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso" (se subraya).

Como en el sub-lite el recurso de casación fue interpuesto por el apoderado del actor en la fecha que se ha citado, la ley aplicable era la 16 de 1968, que gobierna todo el trámite del recurso incluyendo su sustentación y no la 16 de 1969, como equivocadamente lo entiende el impugnador, y que sólo empezó a regir el 19 de diciembre de dicho año.

De acuerdo con el primer estatuto y por mandato de su artículo 23 "el error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico..." (se subraya).

El casacionista en su demanda, fundamentalmente estructura el cargo en la no apreciación de una declaración de testigo, y de la prueba de posiciones, absueltas por la señora Ramona Ruiz Vda. de Ordóñez.

En consecuencia, teniendo en cuenta como se ha visto, que la ley aplicable es en este caso la 16 de 1968 y las pruebas no apreciadas por el sentenciador, en la forma como lo dice el recurrente, no constituyen "documento auténtico", como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala, es preciso concluir que el cargo fue mal formulado y por tanto, se desestima. (Sala de Casación Laboral, junio 22 de 1971).

367

TRANSPORTE

Sólo el consignatario puede exigir al transportador la entrega de las mercaderías ya transportadas.

De los artículos que regulan el contrato de transporte de cosas en el Código de Comercio Terrestre (258 y siguientes), surgen claramente los siguientes postulados:

a) El transporte es contrato en que de ordinario tienen interés tres personas: el cargador, remitente o consignante, persona que encarga la conducción; el porteador, quien contrae la obligación de conducir; y el consignatario, aquél a quien se remiten

las mercaderías. El cargador y el consignatario pueden ser una misma persona (artículos 259 y 260).

b) El transporte es consensual y, de consiguiente, se entiende celebrado por el solo consentimiento expreso o tácito de las partes (artículo 263). Puede establecerse con cualquier medio de prueba, entre ellos la carta de porte (artículo 266), y las omisiones en que al otorgar ésta se incurra, pueden ser suplidas también con cualquier medio de prueba (artículo 276).

c) El transporte participa del arrendamiento de obra o de empresa —arrendamiento de servicios— y del depósito (artículo 264). En cuanto participa de aquél, impone al porteador las siguientes obligaciones principales: 1) Recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos; 2) Cargarlas como persona inteligente; 3) Empezar y concluir el viaje en el plazo y por la ruta estipulados (artículo 290). Porque también participa del depósito, el porteador además se obliga: 4) A la custodia y conservación de las mercaderías que reciba para transportarlas (artículo 299); y 5) A entregarlas una vez concluido el viaje (artículo 300).

d) El transporte es contrato de ejecución sucesiva y comprende tres etapas: 1ª) La recepción y carga de las mercaderías; 2ª) La conducción de éstas; 3ª) Su entrega. De las dos primeras etapas, el Código trata en sus artículos 279 a 299 inclusive; de la tercera, en los artículos 300 a 317.

e) Durante las dos primeras citadas etapas, las obligaciones del cargador son exigibles por el porteador, las del porteador por el cargador y las de uno y otro por el consignatario (artículo 317). Pero durante la tercera etapa, la obligación del porteador de entregar las mercaderías ya transportadas sólo es exigible por el consignatario o por sus causahabientes a título universal o singular (artículos 269 y 301, en relación con las normas de los artículos 300 a 314, en que sólo se menciona al porteador y al consignatario, no al cargador).

f) La responsabilidad por pérdidas, faltas o averías de las cosas transportadas, ocu-

rridas durante la conducción, es exigible al porteador por el cargador, el consignatario o el dueño de tales cosas, con crédito privilegiado a favor del primero de estos acreedores (artículos 283 y 289). La responsabilidad proveniente de la ocurrencia de cualquiera de tales eventos una vez terminada la conducción, sólo puede ser exigida al porteador por el consignatario (artículo 306 y siguientes).

g) El contrato de transporte es independiente de la situación jurídica preexistente o coexistente que vincule entre sí a la persona que encarga la conducción y a la persona a quien vayan consignadas las mercaderías. La naturaleza del tal situación jurídica no puede en manera alguna alterar o modificar las obligaciones y los derechos que el transporte genera para el porteador, quien es un tercero con relación a ella y, por lo tanto, carece de personería, derecho e interés legítimo para exigir que se le dé conocimiento de la calidad con que el consignatario recibirá las cosas transportadas (inciso final del artículo 300). (Casación Civil, de 24 de febrero de 1971).

368

TRANSPORTES

El artículo 11 del C. de P.P. no es aplicable a la acción derivada del contrato de transporte.

El artículo 11 en cita no es sustancial y según lo dicho al analizar los cargos anteriores, no procede alegar su violación en el recurso extraordinario; por lo demás, su aplicación no es procedente en casos como el que la Corte estudia, sobre lo cual ha dicho:

“Ahora bien, tratándose del ejercicio de la acción derivada del contrato de transporte, es aplicable la disposición del artículo 11 del C. de P.P.? Evidentemente no. Cuando la acción ejercitada en un proceso civil es inferencia de culpa contractual, y no la de resarcimiento de los daños causados por un delito o culpa aquiliana, entonces la acción penal no influye sobre el resultado de

la acción civil y no tiene, por tanto, aplicación el artículo 11 del C. de P.P., que se refiere solamente a la hipótesis de que la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en ella, puedan influir en la solución de la controversia civil" (LXXVIII, 952). (Casación Civil, 2 de septiembre de 1971).

369

UNIDAD DE SENTENCIA

Para la Sala, la sentencia es todo único e inseparable, de modo que entre su fundamento y lo dispositivo de la misma, media relación tan estrecha, que no pueden desmembrarse.

En este lacónico cargo, el recurrente aunque no lo expresa con entera claridad, lo que pretende es aprovechar en beneficio de la Sociedad, una aparente discordancia entre la parte motiva y la resolutive del fallo acusado, que luego de modificar los valores de algunas de las condenas hechas por el a-quo en el numeral 1º de la sentencia de primera instancia, dispone en la ordenación segunda que confirma esta última providencia en todo lo demás.

Es en este entendimiento como el recurrente, quien no expresa el concepto de violación de los preceptos que cita, dice que estando confirmada la excepción de pago parcial respecto a sueldos no pagados por la cantidad de \$ 30.563.35, y siendo esta cifra superior a \$ 12.000.00 valor de la condena que por este mismo concepto hizo el Tribunal, ella no tiene ninguna justificación.

Para la Sala, la sentencia es un todo único e inseparable, de modo que entre su fundamento y lo dispositivo de la misma, media relación tan estrecha, que no pueden desmembrarse.

Además, no se puede afirmar haciendo predominar la forma sobre el fondo, que sólo existen ordenamientos en la parte resolutive del fallo pues ellos pueden contenerse también en la considerativa.

En materia, por ejemplo, de excepciones, la misma Corte ha dicho:

"Si en la parte motiva del fallo ha analizado el Juzgador los puntos materia de las excepciones y rebatido los fundamentos en que se apoya, debe entenderse que la resolución es negativa, aun cuando en la parte resolutive del fallo nada se expresa sobre el particular" se subraya (sentencia de 14 de diciembre de 1944, LVIII. 579).

En general, y tratando armónicamente los postulados anteriores, la Sala Laboral de la Corte en dos ocasiones ha sentado la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

"Observa la Sala que en derecho procesal los preceptos legales que rigen la forma de los actos no tienen la misma significación: unos son imperativos y otros dispositivos, siendo por lo general, de obligatorio cumplimiento los primeros.

"Es de observancia ineludible la forma cuando la ley sanciona su omisión con la nulidad, como ocurre respecto de los actos a que se refiere el artículo 42 del C. de P. L. Es autorizada —dice Carnelutti—, cuando la ausencia de los requisitos impuestos por la ley no determina la nulidad del acto, y libre, según el mismo autor, respecto de requisitos no prefijados por el legislador (sistema de Derecho Procesal Civil, T. 3º página 213). "... La forma establecida para la sentencia en el artículo 471 del C. J. no es vinculante (subraya la Sala), porque no está sancionada su omisión con la nulidad del acto. Pertenece a la forma autorizada según la clasificación de Carnelutti.

El precepto es de naturaleza ritual de modo que su infracción no conduce a la nulidad de la condena consignada en la motivación de la sentencia... (se subraya)". Y agrega la Sala:

"La sede de la instancia su fuerza obligatoria (se subraya), debe hallarse en su parte dispositiva, como lo ordena el Art. 471 del C. J. Pero como la misión principal del Juez en el proceso de conocimiento es el acto jurisdiccional de decisión, en el cual consume la voluntad de la ley, debe verse una exteriorización de tal facultad en dondequiera que decida una cuestión de la litis

(subraya la Sala), enderezada a su composición y destinada a producir fuerza de cosa juzgada sustancial". (G.J. números 2223, 2224, Pág. 713 y sentencia de 15 de diciembre de 1970, juicio de Gustavo Vásquez contra Coltejer). (Sala de Casación Laboral, abril 23 de 1971).

370

UXORICIDIO

(Pena imponible)

Los tipos o figuras penales describen o relacionan en el precepto legal una forma determinada de conducta a fin de que el juzgador, al identificarla en la acción que tiene ante sí, pueda medir el significado antijurídico de ésta, declarar la culpabilidad y responsabilidad del agente, y, en consecuencia, pronunciar la condena. Esta necesaria confrontación es garantía de libertad individual, pues la justicia no puede admitir elementos que el tipo no contiene, y es garantía de seguridad colectiva, ya que toda conducta adecuada a un tipo criminoso conlleva la atribución correspondiente, eliminando así cualquier asomo de impunidad.

Generalmente se clasifican los tipos en básicos, especiales y subordinados.

Los primeros relacionan actividades lesivas de bienes jurídicos que constituyen infracciones por sí mismas, como sucede en el homicidio, cuya descripción fundamental aparece en el artículo 362.

Los segundos toman de los primeros sus caracteres principales pero añaden a éstos otros requisitos que les conceden existencia propia y pueden, por lo tanto, establecerse y ser reconocidos autónomamente, siendo opuestos al tipo básico, por ejemplo, los homicidios concausal (artículo 366), piadoso o pietista (artículo 364) y el infanticidio (artículo 369), en los cuales a la supresión de la vida, elemento esencial del tipo, se agregan condiciones o circunstancias que los identifican plenamente.

Las figuras subordinadas, como su nombre lo sugiere, son aquéllas que llevan ape-

nas enunciados calificadores de la acción, manteniendo un orden dependiente del tipo principal, del que no pueden emanciparse y al que no pueden contraponerse sin quedar eliminadas. Modelo de esta clase se encuentra en el artículo 363 del Código Penal, pues su normación indica que el hecho a que se refiere es homicidio, a pesar de que las exigencias establecidas para aplicarlo le den la denominación de asesinato y autoricen sanciones más severas. Por esto se dice que el tipo es agravado, a diferencia de los casos en que es privilegiado debido a que la conducta antijurídica tiene menor trascendencia.

Según estos aportes de la doctrina de la tipicidad, es erróneo admitir que el artículo 363 consagra un delito tipo, como lo hace reiteradamente el fallo del 21 de marzo de 1961, pues apenas es una figura subordinada al artículo 362 verdadera figura radical del homicidio. La agravación consignada en aquél no hace más que destacar su carácter accesorio.

El artículo 382 en lo concerniente al homicidio, contempla una situación accesorio privilegiada (no "delito privilegiado" como se le llama a veces), porque no refleja la conducta homicida, sino que la refiere a la descripción del tipo principal que obviamente ha de ser el del artículo 362. Aquella disposición se refiere a los sujetos activo y pasivo y al objeto material así como a circunstancias objetivas y a factores subjetivos; pero el homicidio y las lesiones tienen su tipo principal no en dicho artículo 382 sino en la de los artículos 362, 371 y siguientes.

El propio artículo 383 aleja por completo la idea de que el 382 configura una conducta principal, creadora de un tipo de esta clase, pues habla apenas de "atenuantes". Y las atenuantes no son figuras autónomas sino siempre subordinadas o accesorias de un tipo penal. Además, una misma circunstancia como es la vinculación parental no puede referirse simultáneamente a dos tipos accesorios diversos y opuestos, el uno agravado y el otro atenuado, pues ello sería faltar a la verdad real y a la lógica jurídica.

“Las respectivas sanciones” a que alude el artículo 382 no pueden referirse sino a los tipos básicos y especiales de homicidio (ordinario o común, preterintencional, concausal) y a las lesiones personales, atendidas las consecuencias de éstas. No puede corresponderse la sanción del 382 con la de una figura accesoria agravada, como es la del artículo 363, porque significaría buscar apoyo en algo insostenible, pues carece de autonomía ya que no existe por sí solo.

Las consideraciones anteriores implican el reconocimiento de que efectivamente el fallo recurrido ha violado directamente la ley sustancial, pues aplicó indebidamente el artículo 363, dejando de aplicar el 362 en su indispensable relación con el 382, y por eso la Corte invalidará dicha sentencia y dictará la que debe reemplazarla, dando aplicación al artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento, como se anunció en la consideración segunda de esta providencia. (Sala de Casación Penal, Bogotá, 22 de noviembre de 1971).

371

VACACIONES COLECTIVAS

Es obvio que si una empresa concede a sus trabajadores vacaciones colectivas no puede menos de pagarles el valor de los salarios correspondientes al lapso de descanso: es insólito suponer lo contrario, o sea, que todo el personal de la empresa sale en la misma fecha a disfrutar de vacaciones y que ésta no les cubre el salario correspondiente al lapso respectivo.

Tampoco es lógico deducir que como en la inspección ocular sólo se tomaron los datos sobre el dinero recibido por el demandante en concepto de comisiones, no se le satisfizo el valor de las vacaciones. El que nada se hubiera dicho sobre este punto en la mencionada diligencia, no puede tomarse como prueba de que el actor disfrutó las vacaciones en tiempo, y, no obstante, dejaron de pagársele los salarios correspondientes. La inspección ocular muestra

los porcentajes sobre ventas reconocidos al demandante durante los años de 1965, 1966, 1967, 1968 y 1969, y a ésto exclusivamente se redujo el trabajo de los peritos. No es posible, pues, concluir de aquí prueba alguna de que la empresa se abstuvo de cubrir a Hoyos Mejía el sueldo de las vacaciones disfrutadas.

Otra cosa es que, como lo plantea la demanda respecto de este punto y de las demás prestaciones pagadas al autor, dicho sueldo hubiese sido cubierto como una base salarial inferior a la que le correspondía de acuerdo con el artículo 192 del C. S. del T. De allí que solicite en el aparte c) de las peticiones: “El reajuste de las vacaciones o el valor de ellas”. Pero el despacho favorable de este pedimento implica una prueba específica de lo que al demandante se le satisfizo por salarios en cada período de vacaciones, a fin de compararlo con los promedios que arroja la inspección ocular y de tal comparación deducir lógicamente, si aquéllos fueron inferiores a este promedio, el valor reajutable entre lo pagado al tomar las vacaciones el empleado y lo que debió cubrirse con base en el salario real que disfrutaba. Pero como esta demostración no se produjo en el proceso, al ordenar cubrir el monto de la totalidad de las vacaciones se impone un doble pago: el que el patrono efectuó cuando las concedió en tiempo y el que ahora se decreta en la sentencia, que sólo acepta la deducción de \$ 4.691.68 por concepto de auxilio de cesantía entregado por la demandada a Hoyos Mejía. (Sala de Casación Laboral, noviembre 24 de 1971).

372

VEREDICTO INTERPRETACION

Es para la Corte incuestionable que los juzgadores de las instancias interpretaron acertadamente el veredicto recaído en el juicio, al estimarlo como condenatorio del acusado Cardoso Villa por homicidio preterintencional, descrito en el artículo 365 del C.P., cometido en la persona de Abel Acevedo, pues no es exacta la aseveración

del apoderado demandante de que el jurado negó en su veredicto no sólo el propósito de matar sino también el de perpetrar una lesión personal, en la acción atribuida al procesado, como que lo que los jueces de conciencia plantearon fue una duda acerca de si el acusado había obrado con intención de matar o simplemente de herir, al consumir el hecho por el cual lo declararon responsable. Y aplicando el universal y equitativo principio "in dubio pro reo", que opera no sólo en la estimación de las pruebas sino también en la fijación de los alcances de una ley oscura y en la precisión de toda situación que ofrezca alternativas con respecto al imputado, el recto entendimiento de la respuesta que en el presente caso dio el jurado al cuestionario debatido en la audiencia no podía ser distinto del que se le dio por el Juzgado Segundo Superior de Neiva y por el Tribunal de ese Distrito. (Casación Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).

373

VEREDICTO. INTERPRETACION

(Homicidio preterintencional).

No se tiene en la sentencia impugnada desacuerdo alguno con el veredicto del Jurado.

El cuestionario propuesto, dice:

"Cuestión única: El acusado Luis María Porras Otero es responsable de haber ocasionado en el cuerpo de su legítimo hermano Abel Porras Otero, la herida de arma corto-punzante descrita en la diligencia de autopsia visible al folio 27 del sumario, herida que produjo la muerte de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente, con intención de matar y, consumado en la vereda de 'San Pedro', jurisdicción de este municipio, el diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y nueve?"

La respuesta de los jueces de hecho, ya mencionada por el demandante, es la siguiente:

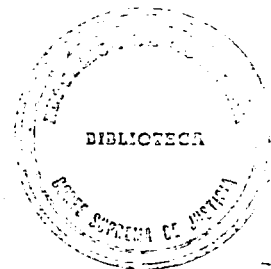
"Sí le causó la lesión pero sin intención de matar".

El cuestionario propuesto a los jueces de hecho, contiene los elementos estructurales del homicidio voluntario, y la respuesta fue la siguiente: "Sí le causó la lesión pero sin intención de matar".

A tal pregunta única o cuestión única presentada por el juez de derecho al jurado se dio respuesta con una sola modificación: la de negar la intención de matar. Todo lo demás del cuestionario fue aceptado por los jueces de hecho, pues ninguna otra salvedad hicieron a la pregunta que les fue formulada.

Recuérdese que el artículo 535 del C. de Procedimiento Penal, al ocuparse del veredicto, dice que "los jurados deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o un no, pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación.

Es obvio, entonces, que si el Tribunal Popular, en este caso, hubiera querido rechazar la "voluntariedad" o la intención del acusado en la herida que ocasionó al occiso, a más de la ausencia de la intención de matar igualmente hubiera negado esa parte de la pregunta, relativa a si el hecho fue ejecutado voluntariamente, ésto es, la "herida de arma corto-punzante descrita en la diligencia de autopsia". Y como así no lo hizo el Jurado, esa respuesta única a ese cuestionario único es un todo que el juzgador en las instancias tenía el deber de aceptar, salvo la declaración de contraevidencia (artículos 519 y 565 del C. de Procedimiento Penal). (Sala Penal, Bogotá, 3 de noviembre de 1971).



T A B L A

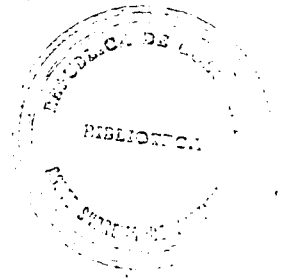
DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE
EN LOS TOMOS CXXXVIII - CXXXIX

NOTA.—Las cifras puestas en la columna Números, indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE		CODIGO CIVIL	
Artículos	Números	Artículos	Números
8º	147	27	3
25	361	28	316
26	17, 37, 38, 81, 96, 105, 110, 229, 235, 236, 238, 246, 255, 352	29 62 92 143	316 97 155 184
50	160	154	325, 329
52	352	197	329
76	19, 14	200	329
97	110	251	122
107	115, 297	346	138
119, 4	14	347	138
121	15, 110	377	154
157	147	397	154
215	14	398	153, 154
		399	153, 154
		400	117
		428	97
		430	97
		431	97
CODIGO CIVIL			
Artículos	Números		
4	210		
15	95		

CODIGO CIVIL		CODIGO CIVIL	
Articulos	Números	Articulos	Números
432	97	957	306
433	97	964	161
435	97	966	161
477	317	971	306, 315
480	97	1012	166
499	334	1013	166
525	315	1029	316
534	329	1147	19
575	97	1282	166
578	97	1296	166
580	97	1321	19, 272
658	264	1343	19
661	264	1375	19
673	19, 234, 310	1393	19
737	316	1397	19
740	310	1401	19
741	310	1416	19
746	338	1443	218
756	234, 253, 338	1450	218, 334
759	234, 253	1548	218
764	231	1479	218
765	19, 231	1480	316
768	231	1490	123, 218
770	306	1491	218
775	306	1492	218
946	305, 306	1500	89
950	306	1501	233
951	306	1502	71, 89, 218, 247,
952	306		338
953	306	1504	97
954	306	1505	334

CODIGO CIVIL		CODIGO CIVIL	
Articulos	Números	Articulos	Números
1517	89	1947	228
1521	253	1948	25
1522	95	1967	216
1524	89, 125, 218	1992	316
1546	5, 6, 135, 284, 312	2017	316
1550	19	2079	336, 338
1604	5	2081	338
1613	5	2083	337, 338
1614	5	2108	338
1615	5	2143	233
1618	233	2171	334
1621	233	2181	95, 310
1630	334	2184	334
1631	334	2188	315
1675	316	2273	310
1711	334	2279	310
1712	334	2341	42
1740	247, 286	2407	215
1741	247, 286	2415	273
1757	325	2469	363, 364
1758	100, 101, 291	2512	274
1759	103, 291	2524	276
1761	71, 100, 101, 288	2534	274
1766	135	2637	253, 316
1818	329		
1857	136		
1870	316		
1878	6		
1886	264		
1930	125		
1932	25		
		CODIGO PENAL	
		Articulos	Números
		11	341
		12	16



CODIGO PENAL		CODIGO PENAL	
Artículos	Números	Artículos	Números
19	76, 240	302	104
20	240	316	104
23	16, 115	318	104
24	16	353	83
25	16	362	37, 169, 265, 370
28	37, 139, 140, 239, 299	363	76, 104, 169, 370
29	16, 33, 44	364	370
31	105	365	169, 265, 372
33	104, 105	366	160, 370
36	73, 265, 360	369	370
38	73	370	104, 370
38 Ord. 3º	141	371	104
139	297	382	370
141	16	383	370
142	297	395	104
149	297	396	104
150	43	397	104
151	43	398	104
156	104, 358	402	104
171	1, 2, 104, 116	404 Ord. 4	12
174	98	408	40, 141
175	2	426	104
179	3	430	3, 16
209	76, 83, 203	431	3, 16
211	83, 203		
232	147	CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
240	146	(Decreto 250 de 1958)	
243	147	Artículos	Números
294	116	7º	106
295	104, 116	202	217

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

(Decreto 250 de 1958)

Artículos	Números
210	217
307	106
311	80, 106
314	106
320 Ord. 4º	14
324 Ord. 4º	14
559	217
616	14

Artículos	Números
195	29
239	273
249	84
250	298
260	82, 268 269
262	269
267	26, 267, 268, 269
306	84
460	213
469	213
489	276

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículos	Números
5	20, 121
13	85
16	268
22	90
24	84
25	84, 85
26	85
57, 4º	84
58	260
62	283
63	283
65	24, 84, 193, 194, 298
143	20
168	362
169	362
176	112
186	84
189	84
192	371

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
1º	218
258	367
259	367
260	367
263	367
264	367
266	367
269	367
276	367
279	367
283	367
289	367
290	367
299	367
300	367
301	367

CODIGO DE COMERCIO		CODIGO JUDICIAL	
Articulos	Números	Articulos	Números
306	367	273	310
314	367	274	310
317	367	275	310
469	337	296	310
470	337	312	78, 250
472	337	113	78
475	338	314	78, 250
477	338	315	78
493	338	316	78
		317	78
		318	78
		320	77
		330	107
		341	275
		343	275
		379	78
		413	77
		417	77
		418	77
		448	4, 28, 68, 97, 185, 250, 303, 307
		450	257
		451	307, 308
		455	54, 185, 257
		456	257
		471	187
		472	232
		477	232
		494	302, 303
		519	259, 326
		520	127, 229
CODIGO FISCAL			
Articulos	Números		
74	20		
CODIGO JUDICIAL			
Articulos	Números		
67	251		
119	250		
143	77, 281		
149	77		
150	281		
152	77		
205	107, 300		
209	10, 11, 107		
217	107		
220	107		
221	107		
222	107		
230	97		

CODIGO JUDICIAL		CODIGO JUDICIAL (Ley 105 de 1931)	
Artículos	Números	Artículos	Números
537	32		
538	32	796	329
593	325	872	11
595	325, 327	887	315
597	119, 227, 230, 288, 296, 341	981	77
607	88	984	258
609	316	1029	310
632	100, 101, 213, 291	1051	310
637	122, 288	1115	315
643	100, 101	1120	95
645	100, 101, 156, 288	1126	95
646	288	1128	95
648	101, 230	1132	95
657	291	1151	258
658	291	1152	258
669	359	1197	307
670	359		
672	359	CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	
687	293	Artículos	Números
693	102	37	304
697	292, 293, 295	75	107
705	119	76	107
708	119	82	107
715	119	179	204
719	119, 162	180	204
720	162	208	93
725	235	208	93
737	107	246	296
738	107	317	97

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículos	Números
365	99, 259
368	303
375	204
414	315
435	315
439	198
481	198
619	19

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

(Antiguo)	
Artículos	Números
218	199
222	200
223	200
224	40, 358
251	9
429	1
475	252
517	246
580	39

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

(Antiguo)

Artículos	Números
28	313
52	105
54	105
73 Ord. 5º	183
74	184
79	184
113	262
153	1, 16, 262
159	283
168	2
171	2
175	2
198	243
199	243
203	40, 240
206	199
217	199

NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
8	251, 259
10	98
11	368
12	98
27	206
115	116
118	251
122	255
153	252
155	252
159	252
163	16
167	105
168	105
171	238
210	361
211	245, 361

NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números	Artículos	Números
214	361	78	364
215	69, 40	79	54
216	69	90	54
239	361	154	365, 366
261	9		
374	44		
411	44		
421	237		
515	252		
119	38		
533	96	Artículos	Números
535	81, 373	4º	352
540	245		Ley 153 de 1887
546	245	8	215
547	245	20	318
548	245	23	318
563	252	25	159
565	38	40	365, 366
567	38	41	268
580	69, 73	91	135
769	148	92	135
		93	135
			Ley 40 de 1907
			259

LEYES:

Ley 57 de 1887

Ley 153 de 1887

Ley 40 de 1907

Ley 63 de 1916

Ley 8ª de 1922

Ley 42 de 1923

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

Artículos	Números	Artículos	Números
20	364	40	119
32	275	41	119
36	290		
42	54, 369	2º	325, 329
45	54		
50	151	60	280

LEYES:			LEYES:		
Artículos	Ley 46 de 1923	Artículos	Números	Ley 94 de 1938	Números
26	218	429		198	
27	218				
30	218			Ley 4ª de 1943	
		2º		12	
	Ley 54 de 1924	28		96	
—	327			Ley 6ª de 1945	
	Ley 8ª de 1925	—		50	
3º	165	8		353	
	Ley 120 de 1928	11		193, 221	
2º	274, 279			Ley 36 de 1945	
4º	279	5		14	
11	279			Ley 64 de 1945	
	Ley 28 de 1932	2º		354	
—	329			Ley 58 de 1946	
1º	335	8		9	
	Ley 45 de 1936			Ley 83 de 1946	
1º	160	—		160	
2º	156			Ley 182 de 1948	
3º	155, 160, 204	1º		286	
4º	155, 156, 204	2º		286	
5º	204	3º		286	
6º	153, 154, 157	4º		285, 286	
7º	160	5º		286	
118	318	6º		286	
	Ley 50 de 1936	7º		286	
2º	226, 308	8º		286	
	Ley 92 de 1938	10		286	
—	138	11		286	
18	147, 158	12		286	
19	158	19		286	

LEYES:		DECRETOS:	
Artículos	Números	Artículos	Números
	Ley 171 de 1961		Decreto Nº 547 de 1947
—	268	5	22
8	26, 94, 114, 266, 269		Decreto 717 de 1949
	Ley 16 de 1968	1º	343
4º	165		Decreto 797 de 1949
17	326	—	50, 221
23	365	1º	193, 221
30	235		Decreto. 242 de 1951
	Ley 48 de 1968	3º	246
—	114		Decreto 1858 de 1951
	Ley 75 de 1968	1º	43
—	318	56	43
9	153, 154		Decreto 2459 de 1953
10	159	1º	9
	Ley 16 de 1969		Decreto Nº 3104 de 1953
7	118, 122, 128, 129, 365	3º	27
		1º	Decreto Nº 1823 de 1954
		2º	15
		3º	14, 15
			15
			Decreto Nº 2062 de 1954
6	153	1º	14, 15
7	153	3º	15
	Decreto Nº 1600 de 1945	7º	15
9	27	8º	15
	Decreto 2127 de 1945		Decreto 2351 de 1955
4	208, 209, 330	—	114
50	354		Decreto Nº 31 de 1956
51	74		
52	50, 193	1º	309

DECRETOS:		DECRETOS:	
Artículos	Números	Artículos	Números
	Decreto N° 456 de 1956	27	206, 246
1º	309	29	246
		37	33, 239
	Decreto N° 1651 de 1960	38	246, 340
2º	101		
11	101		Decreto N° 1669 de 1964
		16	165
	Decreto N° 2119 de 1960		
1º	9		Decreto N° 1699 de 1964
9	9	3	110
	Decreto N° 2525 de 1963	29	110
2º	278	30	110
		31	110
	Decreto 528 de 1964	33	110
22	250		
50	326		Decreto N° 1822 de 1964
51	300	65	17
52	42, 71, 97		
56	33, 36, 42, 242	—	Decreto N° 1288 de 1965
58	33, 37		110
59	210		
60	117		Decreto N° 1290 de 1965
63	32, 232, 344, 346	1º	110
	Decreto N° 1154 de 1964	7º	212
4º	184	8º	193, 221
	Decreto 1358 de 1964		Decreto N° 2351 de 1965
3º	237		212
15	239		193, 221
17	65		
25	246		Decreto N° 007 de 1966
			145
			Decreto N° 144 de 1968
			286

DECRETOS:		DECRETOS:	
Artículos	Números	Artículos	Números
	Decreto Nº 250 de 1970		Decreto Nº 1265 de 1970.
73	304	7º	148
74	304		
75	304		Decreto Nº 1345 de 1970
76	304	—	148
77	304		
78	304		Decreto Nº 196 de 1971
94	304	1º	99
95	304	67	148
96	304		

INDICE ALFABETICO

A	PAGINA	TOMO
Acerías Paz del Río S. A., contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Contrato de Transporte	144	CXXXVIII
Acosta Serna Gildardo. Homicidio Agravado	318	CXXXIX
Acosta Andrade Luis Felipe. Homicidio múltiple	487	CXXXVIII
Agudelo Alvarez José Angelino. Homicidio	474	CXXXIX
Aguirre Martínez Humberto, contra el Banco Industrial Colombiano S. A. de Medellín. Ordinario Laboral. Indemnización Moratoria y Buena Fe Patronal	917	CXXXVIII
Alvarez Alvaro, contra la Empresa Tapas y Envases S. A. Ordinario Laboral. Error de Hecho	761	CXXXVIII
Amórtégui Z. Carlos, contra Jorge Molano Sanabria y Cía. Ltda. Ordinario Laboral. Condena en Abstracto	609	CXXXIX
Aramburo Arango Juan José, contra Siemens Colombiana S. A. Ordinario Laboral. Sustitución Patronal	939	CXXXVIII
Arango Gonzalo, contra "Ariza y Gómez". Resolución de la Permuta	203	CXXXIX
Arango Mejía Jorge. Detención Arbitraria	465	CXXXVIII
Arbeláez Arbeláez José Antonio. Homicidio	442	CXXXIX
Arcila Ramírez Luis, contra el Departamento de Antioquia. Ordinario Laboral. Competencia	744	CXXXVIII
Arciniegas Guerra Luis Alberto. Peculado	461	CXXXIX
Arellana Cristóbal Alejandro, contra Industrial de Resortes y Bujes Ltda. Ordinario Laboral. Contrato de Trabajo	716	CXXXVIII
Argüello Villarreal Félix, contra Alejandro Gómez Pinilla. Simulación	138	CXXXVIII
Arocha Díaz Esteban. Abuso de Autoridad	480	CXXXVIII

B	PAGINA	TOMO
Baena Correa Luis Eduardo y otro. Estafa	409	CXXXIX
Baquero Baquero Rafael Urbano. Homicidio	343	CXXXIX
Barragán Lemus Juan Bautista, contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Ordinario Laboral. Tránsito de Procedimientos	542	CXXXIX
Barriga Julio Calderón, contra Hernando Devis Echandía. Nulidad del Remate	384	CXXXVIII
Barros Páez Alfredo, contra Constructora Química del Caribe S. A. Ordinario Laboral. Error Ostensible de Hecho	758	CXXXVIII
Belalcázar Guillermo A., contra la Empresa Esso Colombiana S. A. Ordinario Laboral. La Justicia y el Derecho	844	CXXXVIII
Benítez Jiménez Hernando. Peculado	259	CXXXIX
Betancur Uribe Francisco. Falsedad y Estafa	413	CXXXVIII
Borda Uribe Abel. Homicidio	450	CXXXIX
Bonilla Graciela, contra José Félix Jurado de la Rosa. Separación de Bienes	18	CXXXVIII
Borda Anzola Jaime, contra los Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. Ordinario Laboral. Prórroga del Contrato de Trabajo	679	CXXXVIII
C		
Caamaño Castro Camilo Antonio, contra Eternit Colombiana S. A. Despido Justo por Pensión Restringida de Jubilación, con base en Sentencia del C. de Estado	1008	CXXXVIII
Cáceres Bermúdez Héctor Gabriel. Homicidio	454	CXXXVIII
Caicedo Valencia Luis Carlos. Homicidio	594	CXXXVIII
Calderón Reyes Rafael, contra la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano". Ordinario Laboral. Concurrencia de Contratos	689	CXXXIX
Camacho Villoria Eduardo, contra Eduardo Arenas. Reivindicación	12	CXXXIX
Camacho Rincón Pedro. Homicidio	477	CXXXIX

	PAGINA	TOMO
Cambleri Eugenio, contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud. Ordinario Laboral. Determinación de la Edad	963	CXXXVIII
Cañate Carmona Francisco Tomás, contra el Departamento del Magdalena. Ordinario Laboral. Prescripción	617	CXXXIX
Cañizares Mendoza Cayetano, contra Kellóg Overseas Services Corporation. Ordinario Laboral. Representación de una Persona Jurídica	683	CXXXIX
Cardozo Villa Chepe o Nonato o Ramón. Homicidio	429	CXXXIX
Cartagena Arias Tiberio. Homicidio agravado	481	CXXXVIII
Carriazo Sampayo Luis. Falsedad de Documentos	529	CXXXVIII
Casamoteros de los Llanos Ltda., contra Gustavo Céspedes. Resolución de la Compra	247	CXXXVIII
Castillo Castillo Inocencio, contra Blanca Castillo Arias. Nulidad de la Venta	33	CXXXVIII
Castrillón de Vélez, contra Octavio Londoño Isaza y otros. Simulación	308	CXXXVIII
Castro Ramos Pedro A., contra la Empresa Puertos de Colombia. Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Ordinario Laboral. La Convención Colectiva en el Recurso de Casación	924	CXXXVIII
Caycedo Pinzón Raúl, contra Shellmar de Colombia S. A. Ordinario Laboral. Buena Fe Patronal	759	CXXXIX
Cifuentes Carmen Elena, contra Rafael Arango Tenorio y otros. Calidad de Heredero	355	CXXXVIII
Claro Pérez Jorge Antonio. Homicidio	598	CXXXVIII
Coají Basilio Angélico. Homicidio Agravado	337	CXXXIX
Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A. Contra el Distrito Especial de Bogotá. Reivindicación	5	CXXXIX
Consuegra Pérez Antonio A., contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. Ordinario Laboral. La Administración Pública y sus Servidores	815	CXXXVIII
Corral Hurtado Ignacio, contra el Departamento de Cundinamarca y Empresa Colombiana de Petróleos. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	767	CXXXVIII

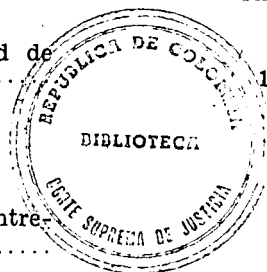
	PAGINA	TOMO
Corredor Ramón, contra el Banco de Colombia. Rescisión por Lesión Enorme en Contrato de Dación en Pago ..	80	CXXXIX
Cuéllar Jorge, contra el Banco Cafetero. Ordinario Laboral. Lucro Cesante y Daño Emergente	1015	CXXXVIII
CH		
Chía Aldana José Roberto. Lesiones Personales	436	CXXXIX
D		
Dávila Rosa, contra los herederos de Carlos Castillo Pulido. Filiación Natural	60	CXXXIX
Del Río Angel Manuel. Concusión	402	CXXXVIII
Díaz Estrada Guillermo. Falsedad en Documentos Públicos	433	CXXXVIII
E		
Erazo Delgado Alberto, contra el Banco Cafetero. Ordinario Laboral. Indemnización Moratoria	372	CXXXVIII
Escobar de Mesa Elvira, contra Jesús Mesa Pérez. Recurso de Hecho	57	CXXXVIII
Escobar González Luis Carlos. Homicidio	490	CXXXIX
F		
Fajardo V. de Cerón Eloisa, contra Manuel Fonseca Sierra. Simulación	31	CXXXIX
Fernández Parra Jorge, contra Luis Arévalo Bayona. Nulidad del Juicio de Venta y del Remate	152	CXXXVIII
Fernández Acosta Pascual Alonso, contra la Compañía Frutera de Sevilla. Ordinario Laboral. A Trabajo Igual, Salario Igual	792	CXXXVIII
Fernández de Reyes Priscila, contra Soledad Penagos v. de Gómez. Filiación Natural	336	CXXXVIII
Fernández Roberto, contra Elvira Fernández de Delgado. Accción Posesoría	26	CXXXIX
Ferro Camacho Lucía. Peculado	391	CXXXIX
Fletcher Carmen Josefa, contra José Joaquín Monroy. Filiación Natural	134	CXXXIX

	PAGINA	TOMO
Flórez José Rafael. Falsedad en Documentos Públicos	521	CXXXVIII
Franco Céspedes Libardo. Homicidio	303	CXXXIX
Franco Valencia Ramiro. Robo	358	CXXXIX
Franco Céspedes Timo León. Homicidio	303	CXXXIX
Fuenmayor Ovadía Rosa, contra Nissin Amon Elic. Separación de Bienes	299	CXXXVIII
G		
Galindo Restrepo Pedro José. Contrabando	514	CXXXVIII
Gallo Mantilla Alfonso. Contrabando	502	CXXXIX
Gandolfo Rafael, contra el Instituto de Crédito Territorial. Ordinario Laboral. Técnica (Casación)	674	CXXXVIII
García Gutiérrez Eulogio. Homicidio	569	CXXXVIII
García Díaz Francisco, contra Alberto Muñoz Duque y Hernán Ramírez Duque. Ordinario Laboral. Recto Sentido del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo	945	CXXXVIII
Giraldo Alpiniano y Méndez Villaquirán Francisco, contra la Sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." Ordinario Laboral. Gastos Necesarios para el Cumplimiento de la Gestión	710	CXXXVIII
Giraldo López Rafael A., contra la Flota Magdalena S. A. Laudo Arbitral	591	CXXXIX
Gómez Antonio y Ester, contra María del Carmen Gómez y otro. Filiación Natural	176	CXXXVIII
Gómez Giraldo Gerardo, contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	643	CXXXVIII
Gómez Monroy o Monroy Gómez José. Homicidio Agravado	504	CXXXIX
Gómez José Uriel, contra la Fábrica de Tejidos de Punto Sport. "Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda." Ordinario Laboral. Dictamen de Perito y Prueba de Documento	683	CXXXIX
González Ballian Adán. Homicidio	510	CXXXVIII
Gutiérrez Adelia, contra Neftalí Forero Castro, como heredero de Rubén Forero Castro. Filiación Natural	179	CXXXIX

	PAGINA	TOMO
Gutiérrez Antonio María, contra Jorge Restrepo y otro. Resolución de la Venta	373	CXXXVIII
Gutiérrez Mejía Ricardo, contra Orden de Agustinos Reco- letos de la Candelaria y Orden de Agustinos Descal- zos de Bogotá. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	721	CXXXVIII
H		
Hamburger Lubo Julio Antonio, contra la Empresa Aero- vias Nacionales de Colombia S. A. Avianca. Ordinario Laboral. Pensión Restringida de Jubilación	603	CXXXVIII
Haya Brava José Ernesto, contra Central Automotor Ltda. Ordinario Laboral. Terminación del Contrato de Tra- bajo por Clausura de la Empresa	955	CXXXVIII
Hernández Poveda Francisco Asís. Concusión	535	CXXXVIII
Hernández Luz Marina, contra Elvira Llaña de Jiménez y otro. Filiación Natural	208	CXXXVIII
Herrera de Rodríguez Margoth. Homicidio	262	CXXXIX
Hoyos Mejía Jaime, contra Recamóvil Ltda. Ordinario La- boral. Vacaciones Colectivas	740	CXXXIX
J		
Jaime Martínez Eduardo, contra Codep & Socorsa Ltda. y otro. Ordinario Laboral. Error de Hecho	705	CXXXVIII
Jaramillo Uribe Alberto, contra la menor María Elena o Patricia Elena Rodríguez. Revisión de Sentencia del Juez de Menores	367	CXXXVIII
Jiménez Tello Jaime, contra la Sociedad Tejidos Celta Ltda. Salarios caídos y Buena Fe Patronal	657	CXXXVIII
Juliao Vittola Carmen Celina, contra Celestina Hernández de Cabeza. Filiación Natural	99	XXXIX
Jurado Carlos E., contra Walter Daniel Kahn. Ordinario Laboral. Procedencia del Recurso	722	CXXXIX
L		
Lamilla Angel María, contra Ramón Ramírez S. Ordinario Laboral. Reformatio In Pejus	690	CXXXVIII
Latorre José Ignacio. Hurto	574	CXXXVIII

	PAGINA	TOMO
Laudo Arbitral entre el Hospital Centro de Salud, San Rafael de Buenaventura y su Sindicato de Trabajadores	868	CXXXVIII
Laudo Arbitral entre el Ministerio de Obras Públicas y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales	983	CXXXVIII
Laudo Arbitral entre Industrias de Pasteurización Ltda., Pasteurizadora "San Luis" y el Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurización "San Luis" Ltda.	600	CXXXIX
Laudo Arbitral entre la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo ACAV y la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA	648	CXXXIX
Laudo Arbitral entre la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA— y la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. SAM.	634	CXXXIX
Laudo Arbitral entre la Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de sus Trabajadores	609	CXXXVIII
Laudo Arbitral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.	552	CXXXIX
Laudo Arbitral entre la Unión de Marineros Mercantes de Colombia "UNIMAR" y la Flota Mercante Grancolombiana	746	CXXXIX
Laudo Arbitral entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y su Sindicato	666	CXXXIX
Laudo Arbitral entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas	834	CXXXVIII
Leyva Liévano Alvaro, contra la Sociedad de Caridad y Beneficencia de Neiva. Ordinario Laboral. Documento Auténtico	736	CXXXIX
López Mendoza José Omar. Homicidio y Hurto	380	CXXXIX
López Ovidio, contra Justo Vega Lizarazo. Reivindicación	180	CXXXVIII
López Magri Tirso, contra la Compañía Mamonal Ltda. Ordinario Laboral. Concurrencia de Contratos	677	CXXXVIII
Lozano Bautista Ostelman, contra Daniel Lemaitre y Cía. S. A. Ordinario Laboral. Caducidad	661	CXXXIX

LL	PAGINA	TOMO
Llano Barrera Gustavo, contra Fabio Llano. Sociedad de Hecho	113	CXXXVIII
M		
Malagón Antonio José, contra Isabel Malagón v. de Contreras. Objeciones de la Partición	97	CXXXVIII
Maldonado Castellanos Antonio. Detención Arbitraria	370	CXXXIX
Mantilla García Luis Jesús, contra el Banco Central Hipotecario. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	612	CXXXVIII
Márquez Fabio y otros, contra los herederos de Hernando Aguilar Diez. Filiación Natural	194	CXXXIX
Martínez López Carlos Julio. Homicidio y Lesiones	482	CXXXIX
Martínez López Jairo. Homicidio y Lesiones	482	CXXXIX
Martínez Rojano José Sofanor, contra Aserradero Covadonga Ltda. Ordinario Laboral. Identidad de Empresa ...	629	CXXXIX
Martínez de Suárez Ofelia, contra Saúl Martínez Silva y otros. Asignación Modal	210	CXXXIX
Mejía F. Efraín. Abuso de Autoridad	480	CXXXVIII
Mejía Obando Eduardo Antonio. Homicidio Agravado	318	CXXXIX
Meléndez vda. de González Argemira, contra Miguel González. Reformatio In Pejus	359	CXXXVIII
Meléndez Rojas Nepomuceno, contra Olimpia Peña v. de Peña. Comunidad	105	CXXXIX
Mercantil del Caribe Ltda. (CARIBESA), contra Leonidas Lara e Hijos. Colisión de Competencia	252	CXXXVIII
Milanés Espinosa Gabriel, contra el Hospital San Jerónimo de Montería. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	754	CXXXVIII
Mina Calcedo Alberto. Homicidio	492	CXXXIX
Montoya Montero Juan, contra el Banco Cafetero. Ordinario Laboral. Trabajo Nocturno. Sobre-remuneración	728	CXXXIX
Montoya Vélez Manuel. Falsedad en Documentos	503	CXXXVIII



	PAGINA	TOMO
Mora Jesús, contra la Sucesión Intestada de Edmundo Mora Laguado. Ordinario Laboral. Indemnización Moratoria y Buena Fe Patronal	716	CXXXIX
Moralejo Quintero Hugo. Robo	358	CXXXIX
Morales David. Homicidio	543	CXXXVIII
Moreno Sánchez y otro, contra José del Carmen López y otros. Nulidad de Donaciones por Falta de Insinuación	123	CXXXVIII
Moreno Berrío Teodosio. Homicidio Agravado	347	CXXXIX
Moya B. Carlos Alberto, contra la Nación. Ministerio de Salud Pública y la Caja Nacional de Previsión. Ordinario Laboral. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales	712	CXXXIX
Murillo Abraham. Prevaricato	508	CXXXIX
N		
Naranjo Solís Enrique, contra Allsworth Goldsteiw. Arrendamiento	161	CXXXVIII
O		
Obando Echeverri Jorge Ovidio, contra la Sociedad Astra Productos Farmacéuticos Ltda. Ordinario Laboral. Buena Fe Patronal	1025	CXXXVIII
Orjuela v. de Rocha Bárbara, contra Rosa María Goyeneche de Pinzón. Filiación Natural	41	CXXXIX
Osorio Callejas Octavio, contra Cine Colombia S. A. Ordinario Laboral. Las Vacaciones No suspenden el Contrato de Trabajo	675	CXXXIX
Ossa Montoya Fernando. Peculado	438	CXXXVIII
P		
Pabón Camacho Ernesto, contra Agustín Gutiérrez. Rendición de Cuentas	348	CXXXVIII
Paipa de Domínguez Rosalbina, contra Distribuidora Pan-técnica S. A. Ordinario Laboral. Prohibición de Despedir	561	CXXXIX
Pantoja B. Luis Erasmo, contra Central Automotor Ltda. Ordinario Laboral. Terminación de Contrato de Trabajo por Clausura Temporal o Definitiva de la Empresa	891	CXXXVIII

	PAGINA	TOMO
Peña de Alvarez Blanca Imelda, contra Abelardo Dallos Córdoba. Filiación Natural	82	CXXXVIII
Peña Moreno Fernando, contra la Sociedad Colombiana Petroleum Company. Ordinario Laboral. Disponibilidad	861	CXXXVIII
Peralta Enrique, contra Universidad de Cartagena, Departamento de Bolívar y la Caja de Previsión Social del mismo Departamento. Ordinario Laboral. Prescripción	807	CXXXVIII
Pedraza de Bradford Cecilia, contra Carlos J. Peraza. Simulación	46	CXXXIX
Pérez José, contra Setton & Milhem. Ordinario Laboral. Descansos Dominicales	826	CXXXVIII
Piedrahita Cenaida y otros, contra Celmira Núñez y otros. Filiación Natural	237	CXXXVIII
Piñeros Cayo y otra, contra Pedro Pablo Bermúdez y otros. Simulación Absoluta	5	CXXXVIII
Porras Otero Luis María. Homicidio	458	CXXXIX
Posada Heredia Leonidas, contra el Instituto de Crédito Territorial (ICT). Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	738	CXXXVIII
Q		
Quiñones Edmundo y Alberto, contra Ignacio Eugenio Rodríguez y otro. Filiación Natural	270	CXXXVIII
R		
Ramírez Saldarriaga Guillermo, contra Epitacio González Uribe. Sociedad de Hecho	88	CXXXIX
Rebolledo de García Emma, contra Alfonso Ibáñez Varela. Donaciones Remuneratorias y Gratuitas	225	CXXXIX
Restrepo de Rivera Matilde, contra Augusto Restrepo. Reivindicación	153	CXXXIX
Reyes García Vitelio. Asociación para Delinquir	311	CXXXIX
Rincón Nelly. Régimen Disciplinario	513	CXXXIX
Ríos Osorio Benigno, contra Berenice Burbano Ibarra de Sánchez. Nulidad de la Venta de Bienes en Litigio. ...	42	CXXXVIII

	PAGINA	TOMO
Ríos Clotilde, contra María Cecilia Vesga de Sánchez y otros. Filiación Natural	227	CXXXVIII
Ríos Jesús Salvador contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. Canalización y Reembolso Río Medellín. Ordinario Laboral. Facultad del Apoderado	707	CXXXIX
Rivero Gómez Gilberto, contra la Cooperativa de Transportes Pipatón. Ordinario Laboral. Casación (Técnica).	741	CXXXVIII
Rodríguez Luis Alberto, contra el Distrito Especial de Bogotá. Instrumentos Públicos y Documentos Privados	101	CXXXVIII
Rodríguez Cano Luis Alfredo. Homicidio Agravado	531	CXXXVIII
Rodríguez de Díaz María Mónica, contra Víctor Campos Olaya. Simulación	282	CXXXVIII
Roeschel B. Hans Erich, contra Boehringer Mannheim Ltda. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	623	CXXXIX
Román Palacios Misael Antonio. Homicidio Tentado	280	CXXXIX
Romero Restrepo Isidro, contra el Municipio de Medellín. Pensión de Jubilación de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales	615	CXXXVII
Rubio de Forero Isabel, contra Eliseo Guamán Sandoval. Arrendamiento	327	CXXXVIII
Ruiz Hersilia, contra Saúl González o Flórez. Filiación Natural	53	CXXXVIII
S		
Salazar Castaño Jesús. Homicidio	550	CXXXVIII
Saldarriaga Vargas Héctor. Falta Etica Profesional	386	CXXXIX
Salvamento de Voto del Magistrado, doctor José Eduardo Gnecco C.	659	CXXXIX
Sanabria Manuel Antonio, contra Ricardo Vargas Iriarte. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	632	CXXXVIII
Saray Baquero Luis Eduardo, contra José María Gutiérrez. Ordinario Laboral. Indivisibilidad de la Confesión ..	784	CXXXVIII
Sánchez Alfonso. Homicidio Frustrado	272	CXXXIX
Sánchez Coca Alfredo. Delito contra Administración Pública	557	CXXXVIII

Sánchez Gualdrón Vidal. Homicidio Agravado	374	CXXXIX
Sandoval Bernardo y otros. Violencia Carnal	424	CXXXIX
Sindicato de las Empresas Públicas de Medellín, contra Em- presas Públicas de Medellín. Descuento de Cuotas a Trabajadores no Sindicalizados	517	CXXXIX
Solano Cerón Edgar o Edgard o Edgar Eduardo. Falsedad en Documentos	525	CXXXIX
Soler Bastidas Pedro, contra la Sociedad Taxi Aéreo del Ca- quetá (TACATA) Ltda. Ordinario Laboral. Funciones de los Médicos del Ministerio del Trabajo	534	CXXXIX
Solórzano D. Carmen, contra la compañía de Hilados y Teji- dos Monserrate S. A. Ordinario Laboral. Transacción y Conciliación	928	CXXXVIII
Solórzano Isaza Gilberto, contra la Sociedad Distribuidora Pereira Ltda. Ordinario Laboral. Socio Empleado	837	CXXXVIII

T

	PAGINA	TOMO
Tascón Blanca Ruby, contra Industrial de Tejidos S. A. (Indulana). Ordinario Laboral. Obligaciones Especia- les del Trabajador	649	CXXXVIII
Tautiva Ernesto y otros, contra Luis Alfredo Ortiz Lozano y otros. Filiación Natural	91	CXXXVIII
Thompson Falla Federico. Robo	358	CXXXIX
Torrenegra Luis Carlos, contra Celio Villalba & Cía. "Cafe- tería Almendra Tropical". Ordinario Laboral. Libera- lidad	900	CXXXVIII
Torres Quintero Alcides, contra Gregorio Reyes y otro. Res- ponsabilidad Extracontractual	190	CXXXVIII
Torres Alfonso, contra Víctor Roncancio Mora. Ordinario Laboral. Casación (Técnica)	990	CXXXVIII
Torres Guillermo. Violencia Carnal	465	CXXXIX
Torres Manuel S., contra la Compañía de Servicios Públi- cos de Sogamoso S. A. Ordinario Laboral. Nulidad.	623	CXXXVIII
Traad William A., Lulú Traad, contra Julio Traad Z. Ren- dición de Cuentas	60	CXXXVIII

U	PAGINA	TOMO
Uribe Uribe Pablo, contra la Sociedad Financiera Turística del Caribe S. A. Ordinario Laboral. Unidad de Sentencia	819	CXXXVIII
V		
Valencia Arboleda Julio. Concusión	526	CXXXVIII
Vallejo Luis Arturo, contra Central Automotor Ltda. Ordinario Laboral. Terminación del Contrato de Trabajo por Clausura Temporal o Definitiva de la Empresa	729	CXXXVIII
Vargas Víctor Manuel, contra la Sucesión de Francisco Ordóñez Benavides. Ordinario Laboral. Tránsito de una Legislación a otra	986	CXXXVIII
Vargas Bohórquez Ramiro. Homicidio	454	CXXXVIII
Vargas Lorenzana Santiago, contra la Clínica de maternidad de Medellín. Ordinario Laboral. Establecimiento Público	581	CXXXIX
Vásquez Abad Alfonso, contra las Empresas Públicas de Medellín. Ordinario Laboral. Confesión	830	CXXXVIII
Vega Holguín Luis Alcides. Homicidio concausal	426	CXXXVIII
Vela Velásquez Rafael, contra Carlos Marchand. Ordinario Laboral. Alcance de la impugnación	774	CXXXVIII
Vélez Manuel Salvador, contra la Cia. de Deportes S. A. Ordinario Laboral. Cómputo del tiempo para jubilación	934	CXXXVIII
Vergara de Mendoza de Escobar Melba Ruth. Abuso de Autoridad	565	CXXXIX
Viana Vallejo Ruth. Abuso de Autoridad	285	CXXXIX
Villafañe O. Garcés Hugo y otros, contra Gentil Villafañe y otros. Filiación Natural	115	CXXXIX
Villalba de la Rosa Luis Manuel, contra la Sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A. Ordinario Laboral. Prueba de la Personería	713	CXXXVIII
Villamizar Suárez Alvaro, contra el Instituto de Crédito Territorial y la Caja Nacional de Previsión Social. Ordinario Laboral. Caja Nacional de Previsión	557	CXXXIX

W	PAGINA	TOMO
Wilches Martínez Solón, contra el Instituto de Fomento Instituto de Crédito Territorial. Propiedad Horizontal	184	CXXXIX
Wilches Martínez Solón, contra el Instituto de Fomento Municipal. Ordinario Laboral. Servidores del Estado	851	CXXXVIII
Z		
Zapata Castaño Antonio, contra la Sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda. Ordinario Laboral. Capital de la Empresa	703	CXXXIX
Zapata González Humberto. Uxoricidio	519	CXXXIX



**PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA**

*Esta obra se imprimió en los Ta-
lleres Gráficos de la Penitenciaría
Central de Colombia.*

BOGOTÁ, D. E., 1974
